

Die Entscheidungen

des

Reichsgerichts in Civilsachen

Band I bis XXXVIII

der von den Mitgliedern des Gerichtshofes veranstalteten Sammlung

in abgekürzter Fassung und in systematischer Ordnung

herausgegeben

von

Gustav Schultze, Rechtsanwalt bei dem Reichsgericht.

und

Dr. jur. Fritz Schultze, Assessor.

Band II: Civilrecht.

Buch III, IV und V:

Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht.

Leipzig

Verlag von H. Häffel

1898.

510

Druck von Fischer & Wittig in Leipzig.

Inhaltsübersicht.

Civilrecht.

Drittes Buch.

Sachenrecht.

Viertes Buch.

Familienrecht.

Fünftes Buch.

Erbrecht.

Erster Teil.

Civilrecht.

Buch III, IV und V:

Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht.

Abkürzungen.

B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.

E.G. = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.

I. = Entwurf erster Lesung (zum Bürgerlichen Gesetzbuche) nach den §§ (I. 1—40 = Entwurf I. §§ 1—40).

II. = Teilentwürfe zweiter Lesung (zum Bürgerlichen Gesetzbuche) nach den §§ (II. 1—20 = Entwurf II. §§ 1—20).

III. = Reichstagsvorlage (des Bürgerlichen Gesetzbuches) nach den §§ (III. 1—20 = Reichstagsvorlage §§ 1—20).

Mot. und **M.** = Motive zum Entwurfe I nach Band und Seitenzahl (Mot. oder M. I. 1—76 = Motive Band I Seite 1—76).

D. = Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, dem Reichstage vorgelegt, nach der Seitenzahl der im Guttentag'schen Verlag erschienenen Ausgabe (D. 2—6 = Denkschrift Seite 2—6).

Windscheid = Lehrbuch des Pandektenrechts. 3 Bände.

Stobbe = Handbuch des deutschen Privatrechts. 5 Bände.

Dernburg = Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches. 3 Bände.

Endemann = Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. 4 Bände.

Erster Teil. Civilrecht.

Drittes Buch. Sachenrecht.

§ 69.

Besitz.

B.G.B. §§ 854—872. 1029. 1090.

I. 797—825, 979, 1048. II. 777—793, 939, 999 Abs. 2. III. 838—856, 1012, 1073. M. III. 78—135, 489, 566, 568—570. V. 530—535. D. 106, 109—115. E.G. Art. 115, 191. Windscheid I. §§ 148—164. III. § 605 Note 5. Stobbe II. §§ 72—77. Dernburg I. §§ 148—162. Endemann II. § 168—171.

Nr. 1728. V. Sen. 20. Dezember 1879. V. 31. 79. Bd. 1, Nr. 54, S. 131.
Besitzerwerb durch Tradition. (Preuß. R.). Das preußische A.L.R. kennt vier Arten der Besitzübertragung: durch körperliche Übergabe (I. 7 §§ 58—60), durch Zeichen (§§ 62—65), durch Anweisung (§§ 66—68) und durch bloße Willensäußerung (§§ 70 bis 73). Ein Vorzug der körperlichen Übergabe vor dem constitutum possessorium besteht nicht. Nach § 74, I. 7 A.L.R. wird der Vorzug, den das Gesetz der körperlichen Übergabe gewährt, auf die beiden Arten der Übergabe durch Zeichen und durch Anweisung beschränkt. Der cit. § 74 findet daher auf den Fall des Besitzerwerbes durch constitutum possessorium (§ 71 a. a. O.) keine Anwendung.

Nr. 1729. I. Sen. 6. April 1881. I. 673. 80. Bd. 5, Nr, 51, S. 185.
Besitzübertragung durch Anweisung. §§ 66, 67, I. 7 A.L.R.. (Preuß. R.). Es ist nicht nötig, daß die Anweisung, um die Übergabe zu vermitteln, gerade den Worten des § 66 a. a. O. entspricht, aber unerläßlich ist, daß die Absicht der Besitzübertragung auf dem dort angegebenen Wege in der Urkunde, die die Anweisung enthält, einen verständlichen Ausdruck gefunden hat. Unter dieser Voraussetzung können auch sogen. Extraditionsscheine als eine Anweisung im Sinne des § 66 a. a. O. enthaltend aufgefaßt werden. Es muß aber in jedem konkreten Falle ein vorgelegter Extraditionsschein nach seinem Inhalte darauf geprüft werden, ob darin die im § 66 vorausgesetzte Absicht einen erkennbaren Ausdruck gefunden hat. Liegt eine Anweisung im Sinne des § 66 vor, so fängt der Besitz der angewiesenen Sache von dem Augenblicke an, wo der neue Besitzer die Anweisung annimmt, unabhängig davon, ob der Inhaber der angewiesenen Sache von der Anweisung in Kenntnis gesetzt ist. Nr. 830. Nr. 2051.

Nr. 1730. III. Sen. 21. Oktober 1881. III. 129. 81. Bd. 5, Nr. 42, S. 164.
Spolienklage. Einrede dagegen. (Gem. R.). Nach der Ausbildung, die die Spolienklage durch die Praxis erhalten hat, ist dieselbe bestimmt, in umfassendster Weise Schutz gegen Eigenmacht zu gewähren; sie kann daher angestellt werden von Jedem, der aus einer in eigenem Interesse ausgeübten Detention eigenmächtig entsetzt worden ist, und daher namentlich auch von dem entsetzten Pächter. Der Spolienprozeß hat sich seinem angegebenen Zwecke gemäß zu beschränken auf die Verhandlung über den Klaggrund der eigenmächtigen Besitzentsetzung. Es sind daher ausgeschlossen alle Einreden,

die das Recht des Beklagten auf das Eigentum bezw. auf die Erlangung des Besitzes zum Gegenstande haben. Der Rechtssatz dolo facit qui petit quod redditurus est kann nicht dahin führen, daß eine für den vorliegenden Prozeß an sich unzulässige Einrede zuzulassen ist. Nr. 3757.

Nr. 1731. III. Sen. 24. März 1882. III. 240. 82. Bd. 7, Nr. 99, S. 328.

Arrestprozeß. Spolieneinrede. §§ 247, 804 C.P.O. (Reichs- und gem. R.). Nach den durch konstanten Gerichtsgebrauch weiter ausgebildeten Bestimmungen des kanonischen Rechts in c. 2 C. III qu. 2; c. 2, 4, X de ord. cogn. 2, 10; c. 7, 10 X de restit. spoliat. 2, 13; c. 1 de restit. spoliat. in VI° 2, 5 ist die Spolieneinrede bei allen Civilklagen ohne Unterschied mit der Wirkung zulässig, daß der Spoliierte jeden Anspruch des Spolianten so lange von sich abwehren darf, bis der frühere Zustand wieder hergestellt ist. Bei der materiell rechtlichen Natur der exceptio spolii ist solche durch die C.P.O. nicht beseitigt worden. Zwar wird dieselbe in § 247 C.P.O. nicht unter den prozeßhindernden Einreden aufgezählt. Daraus folgt aber nur, daß ihre Vorschützung dem Beklagten nicht mehr die Befugnis giebt, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern, nicht auch, daß deren Gebrauch als selbständiges Verteidigungsmittel unzulässig geworden sei. Regelmäßig sind selbst Gegenstände in der Hand des Arrestsuchers, die dem Arrestbeklagten gehören, oder auch Schulden, die Ersterer an diesen zu zahlen hat, geeignete Gegenstände zur Anlegung eines Sicherungsarrestes, und es steht namentlich nichts entgegen, wenn der Schuldner (Arrestsucher) selbst, anstatt eines Arrestdritten, in der Befugnis zur Zahlung der bei ihm ausstehenden Forderung des Arrestimpetraten beschränkt, demselben also die vorläufige Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit gestattet wird. Aber diese Regel findet keine Anwendung, wenn, wie hier, der Arrestsucher durch ein Delikt, insbesondere durch widerrechtliche Eigenmacht in den Besitz der Sache gekommen bezw. Schuldner des Arrestbeklagten geworden ist. Gegenüber der Gewißheit, daß ein gesetzlich anerkanntes Recht des Arrestbeklagten auf sofortige Zurückgabe des spoliierten Geldbetrages durch die Arrestanlage verletzt wird, kann die bloße Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit, daß der Impetrat die künftige Exekution der Gegenforderung des Impetranten vereiteln werde, nicht in Anschlag kommen. Nr. 389. Nr. 3778. Nr. 1732. Nr. 2887.

Nr. 1732. III. Sen. 25. April 1893. III. 323. 92. Bd. 31, Nr. 35, S. 171.

Einrede des Spoliums in Ehesachen. (Gem. R.). Die Klägerin hat sich ohne Erlaubnis des Beklagten, ihres Ehemannes, aus dessen Wohnung entfernt und darauf die Ehescheidungsklage gegen den Beklagten erhoben. Der Letztere sieht in dieser eigenmächtigen Entfernung der Klägerin ein Spolium und beantragt auf Grund desselben die Abweisung der Klage. Es ist nun allerdings anzuerkennen, daß das kanonische Recht das gegenseitige Recht der Ehegatten als Gegenstand des Quasibesitzes anerkennt, und es ist auch nicht zu bestreiten, daß diese Bestimmung des kanonischen Rechts auch in der gemeinrechtlichen Praxis zur Anwendung gekommen ist, wenngleich sich die Gerichte einzelner Territorien ablehnend verhalten haben. Ob man den Schutz eines solchen Besitzes mit seinen rechtlichen Folgen für das heutige gemeine Recht anzuerkennen hat, obwohl aus den letzten Jahrzehnten kaum noch Anwendungsfälle nachgewiesen werden können und die Übertragung des Besitzbegriffes auf das gegenseitige Recht der Ehegatten der heutigen Rechtsanschauung widerstrebt, darf dahingestellt bleiben, weil die Einrede in der vorliegenden Sache jedenfalls zurückgewiesen werden muß, wenn sie auch noch im Rechte an sich begründet sein sollte. Es hat sich nämlich in der gemeinrechtlichen Praxis der Rechtssatz ausgebildet, daß die auf eigenmächtige Trennung gestützte Spolieneinrede zurückzuweisen sei, wenn die mit ihr geforderte Wiederherstellung des früheren Zustandes nach Lage der Sache für den klagenden Teil zu einer nicht zu rechtfertigenden Härte führen würde. Dies ist aber nicht nur der Fall, wenn die persönliche Sicherheit des klagenden Teils bei einstweiliger Rückkehr Bedenken unter-

liegt; eine nicht zu rechtfertigende Härte würde in der Erzwingung der vorläufigen Rückkehr auch dann liegen, wenn der klagende Teil schon eine bescheinigte Ursache zur Scheidung für sich hat. Dieser Fall liegt hier vor; denn schon in erster Instanz hat sich die Klagbehauptung der Klägerin durch die Beweisaufnahme bestätigt und in zweiter Instanz hat der Beklagte den ihm zur Last gelegten Ehebruch nicht mehr geleugnet. Der Beklagte hat seine exceptio spolii auch aus dem weiteren Grunde erhoben, weil ihm die Klägerin eine Anzahl teils ihm teils ihr teils Beiden gemeinschaftlich gehörenden Sachen rechtswidrig entzogen habe. Beide Vorinstanzen haben diese Einrede zurückgewiesen. Es handelt sich also um die Frage, ob nach heutigem gemeinen Rechte die Spolieneinrede, deren materiell rechtliche Bedeutung nach dem Urteile im Falle Nr. 1731 durch die Beseitigung ihrer prozeßhindernden Eigenschaft nicht aufgehoben worden ist, auch gegen Ehescheidungsklagen zulässig erscheint. Daß sie unzulässig ist gegen eine Klage auf Anfechtung einer Ehe aus einem Grunde, der auch von Amts wegen geltend gemacht werden kann, bedarf keiner Ausführung; in Frage kann nur sein die Zulässigkeit der Einrede gegen Klagen auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett, auf Auflösung des Bandes der Ehe und auf Ungültigkeit aus einem Grunde, der nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Daß das kanonische Recht die Spoliumseinrede aus eigenmächtiger Besitzentziehung auch gegen Ehescheidungs- und Ungültigkeitsklagen zugelassen hat, kann nicht bezweifelt werden, und ebenso ist anzuerkennen, daß sich in der gemeinrechtlichen Praxis nicht wenige Zeugnisse für die Zulassung der Einrede aus Besitzentziehnng in Ehescheidungsprozessen finden. Freilich ist in der Praxis auch die entgegengesetzte Ansicht vertreten worden. Aus den letzten Jahrzehnten haben sich Zeugnisse für die fortdauernde Anwendung der Einrede in Ehesachen nicht ermitteln lassen. Die aus der Zulassung sich ergebenden Folgen würden der heutigen Rechtsanschauung bestimmt widerstreiten. Sollte man aber auch anzuerkennen haben, daß sich im gemeinrechtlichen Gebiete die Beseitigung der exceptio spolii ans Besitzentziehung in Ehesachen durch eine gleichförmige nicht auf einzelne Territorien beschränkte Übung nicht nachweisen läßt, so ist doch der erkennende Senat der Ansicht, daß die Unzulässigkeit der Einrede in Rechtsstreitigkeiten, die die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe oder die Herstellung des ehelichen Lebens zum Gegenstande haben, aus den Bestimmungen der C.P.O. über das Verfahren in Ehesachen entnommen werden muß. Nach den Bestimmungen der §§ 577 Abs. 1, 578, 575 C.P.O. ist anzunehmen, daß das Gesetz das Verfahren in Ehesachen von allen mit dem Streitgegenstande selbst nicht unmittelbar zusammenhängenden Elementen freihalten, mithin die Erörterung vermögensrechtlicher Materien vom Eheprozesse ausschließen will. Zu letzteren gehört aber an sich auch die eigenmächtige Entziehung des Besitzes körperlicher Sachen; wie daher der aus dem Spolium hervorgehende Anspruch weder durch Klage noch durch Widerklage mit dem Eheprozesse verbunden werden kann, so muß auch seine Verwertung im Wege der Einrede für unzulässig erachtet werden, da hierdurch ein der Natur des Streitgegenstandes völlig fremdes Element in den Eheprozeß hineingetragen werden würde.

Nr. 1733. III. Sen. 5. Juli 1892. III. 98. 92. Bd. 30, Nr. 32, S. 110.

Beweislast bei der Spolienklage. (Gem. R.). Der Revision ist zwar zuzugeben, daß die im Anschlusse an das kanonische Recht in der Praxis ausgebildete Spolienklage bestimmt ist, in umfassendster Weise Schutz gegen Eigenmacht zu gewähren. Das Bestreben der alten Praxis, diesen Zweck zu erreichen, hat jedoch zu einzelnen Erweiterungen geführt, die, weit über jenen Zweck hinausgehend, die Rechtssicherheit gefährden und keineswegs allgemeine Anerkennung gefunden haben. Zu diesen Erweiterungen gehört namentlich die Ansicht, daß nicht der Spolienkläger den unfreiwilligen Verlust, sondern der mit dieser Klage belangte Beklagte den rechtmäßigen Erwerb seines Besitzes beweisen müsse. Das erkennende Gericht schließt sich der herrschenden Ansicht an, daß eine Befreiung des Spolienklägers von der Beweislast nicht eintritt. Wie der entgegen-

gesetzte Satz bei dem vielseitigen Widerspruche als feststehendes Gewohnheitsrecht nicht anzuerkennen ist, so zeigt andererseits der vorliegende Fall, zu welcher bedauerlichen Rechtsunsicherheit seine Anwendung führen würde. Nach der eigenen Behauptung der Klägerin hat ihre Tochter, die verstorbene Ehefrau des Beklagten, die jetzt mit der Spolienklage herausverlangten Staatspapiere seit länger als zehn Jahren vor der Klagerhebung in ungestörtem Besitze gehabt, und jetzt wird von dem Beklagten, ihrem Erben, der Nachweis verlangt, daß die Verstorbene sie auf rechtmäßige Weise, insbesondere, wie er behauptet, als Mitgift von der Klägerin erhalten habe.

Nr. 1734. I. Sen. 14. Dezember 1897. I. 308. 92. Bd. 30, Nr. 42, S. 137.

Spolienklage gegen den Besitzer in fremdem Namen. Nominatio auctoris. Streitverkündung. § 73 C.P.O. Der Kläger und O. S. waren persönlich haftende Gesellschafter der 1889 aufgelösten Handelsgesellschaft L. O. S. & Sohn, der Kaufmann B. war bis 1. April 1891 Prokurist der Gesellschaft. Im Jahre 1890 sind durch die in Stockholm domizilierende K. Spr. Aktiengesellschaft drei Kisten mit ihren Handlungsbüchern aus den Jahren 1886—1888 unter der Adresse der Gesellschaft L. O. S. & Sohn nach Hamburg geschickt worden. Der Prokurist B., der das Geschäftslokal der Gesellschaft vom 1. April 1890 ab gemietet, hat die Bücher hinter sich. Der Kläger, dem alle Ansprüche der Gesellschaft durch Vertrag übertragen sein sollen, hat im Mai 1891 gegen den Prokuristen B. Klage auf Herausgabe der Bücher mit der Behauptung erhoben, daß diese der Gesellschaft zur Aufbewahrung übersandt seien und B. sie ohne Rechtsgrund besitze. B. verkündete der K. Spr. Aktiengesellschaft den Streit, weil diese ihrerseits die Bücher für sich in Anspruch genommmen und erklärt habe, ihn verantwortlich zu machen, wenn er sie dem Kläger ausliefere. Im Termin vom 8. Dezember 1891 beantragten die Vertreter des Beklagten B. und der Litisdenunziatin Abweisung der Klage; für den Beklagten B. wurde Entlassung aus dem Rechtsstreite beantragt, da er die Bücher für den Kläger bereit liegen habe, diese aber von der Litisdenunziatin reklamiert würden. Der Anwalt der Letzteren erklärte sich mit der Entlassung einverstanden, der des Klägers widersprach. In einem zu Protokoll übergebenen Schriftsatze bot der Anwalt des Beklagten B. Beweis über die Behauptung an, daß diesem die fraglichen Bücher von der Litisdenunziatin als deren Revisor zugesandt worden seien. Der Anwalt des Klägers hatte die Klage mit der Abänderung vorgetragen, daß er behauptete, die streitigen Bücher seien nicht (wie irrtümlich in der Klage angeführt worden) von der Litisdenunziatin an die Firma L. O. S. & Sohn geschickt worden, sondern von der Sv. Spr. Aktiengesellschaft, und zwar sei dies geschehen, nachdem die Streitverkündete als Gegenleistung gegen große Zahlungen ihm die Übersendung dieser Bücher versprochen, an denen er wegen Verfolgung gewisser Schadensansprüche ein Interesse gehabt habe. Die Anwälte des Beklagten und der Litisdenunziatin legten gegen die Klagänderung Verwahrung ein und bestanden auf der Behauptung, daß dem Beklagten B. die Bücher in seiner Eigenschaft als Kassenrevisor der Streitverkündeten zugeschickt worden seien. Darauf erkannte der erste Richter auf Entbindung des Beklagten B. von der Klage. In den Gründen wird die Klage als Spolienklage bezeichnet, weil der Beklagte die Bücher rechtswidrig retiniere, und dessen Entlassung aus dem Rechtsstreite gemäß § 73 C.P.O. für gerechtfertigt erklärt, weil die Streitverkündete seine Behauptung zugestehe, daß er die Bücher nur in ihrem Namen detiniere. Gegen dies Urteil ist ein Rechtsmittel nicht eingelegt, sondern gegen die Streitverkündete weiter verhandelt worden. Sodann hat der erste Richter die in den Prozeß eingetretene Aktiengesellschaft zur Herausgabe der Bücher verurteilt. Auf deren Berufung hat der Berufungsrichter die Klage abgewiesen. Dies Urteil ist vom Reichsgericht aufgehoben. Wenn die Geschäftsbücher an die Firma L. O. S. & Sohn, deren alleiniger Inhaber nunmehr der Beklagte ist, geschickt worden und in deren Innehabung gelangt sind, und wenn sodann der Beklagte B., wie in der

Klage behauptet wird, vorzeitig und eigenmächtig die Mietwohnung der genannten Firma und damit die Bücher in Besitz genommen hat, so konnte die erhobene Klage als Spolienklage begründet sein. Diese Klage steht auch dem Inhaber (Detentor) beweglicher Sachen jedenfalls gegen den Dritten, d. h. gegen den zu, der nicht als Eigentümer den Besitz sich angeeignet hat. Nr. 3757. Die Spolienklage ist aber nicht gegen den Besitzer als solchen gerichtet, sondern gegen den, der sich durch Eigenmacht den Besitz angeeignet und damit eine unrechte That begangen hat. Deshalb ist dem Berufungsgericht darin beizupflichten, daß der § 73 C.P.O. in dem landgerichtlichen Urteile unrichtig angewendet ist. Allein damit ist die Abweisung der Klage gegen die Streitverkündete nicht gerechtfertigt. Es war vielmehr die Tragweite der Rechtskraft des gedachten Urteils unter Berücksichtigung der gesamten Verhandlungen festzustellen. Bei Lage der Sache kann das Vorbringen des Klägers in der Verhandlung vom 8. Dezember nicht als unstatthafte Klagänderung beurteilt, sondern es muß ihm eine andere Bedeutung beigelegt werden, wobei allerdings die Passivlegitimation der Streitverkündeten in Betracht zu ziehen ist. Die regelmäßige Folge des Eintrittes in den Rechtsstreit seitens des Benannten ist die, daß er in eigenem Namen den Prozeß der Klage gegenüber, und zwar so, wie sie erhoben ist, fortsetzt. In den Fällen, zu deren Regelung der § 73 C.P.O. bestimmt ist, wird wohl immer die Passivlegitimation des Benannten gegeben sein; denn das Fundament der dinglichen Klage ist das gleiche gegenüber dem, der thatsächlich die Innehabung ausübt, und dem gegenüber, für den er besitzt. Eine solche Rechtslage ist aber im vorliegenden Falle nicht vorhanden, weil die gegen B. erhobene Klage sich auf eine rechtswidrige Handlung dieses Beklagten stützt, dieser dem Kläger als Nichteigentümer gegenüber steht, die Streitverkündete dagegen Eigentum geltend macht. Deshalb war aber auch eine Fortsetzung des Rechtsstreites über die schriftliche Klage nach dem Eintritte der Streitverkündeten nicht wohl denkbar. Das Klagrecht gegen B. war mit dessen Entlassung aus dem Rechtsstreite erloschen und die Fortführung gegen die Benannte als Successor wäre schon mit dem Bestreiten der Passivlegitimation erledigt gewesen. Ein solcher Wille der Streitverkündeten, den Prozeß schon durch dessen Übernahme an Stelle des Beklagten zu Ende zu führen, ist aber nach deren ganzem Verhalten nicht anzunehmen; vielmehr ergiebt sich aus diesem Verhalten die Absicht, in dem gegen B. anhängig gewordenen Rechtsstreite eine Entscheidung über ihr Rechtsverhältnis zum Kläger herbeizuführen. Die Übernahme des Rechtsstreites war entweder in der Meinung erfolgt, durch Geltendmachung des eigenen Rechts das dem B. vorgeworfene Spolium zu verteidigen, eine diesem nicht zustehende petitorische Einrede in den Prozeß zu bringen, oder in der Absicht, in gleicher Weise, wie wenn die Streitverkündete Hauptintervenientin geworden wäre, ihr eigenes Recht selbständig geltend zu machen. Im ersteren Falle war aber das neue Vorbringen des Klägers als Replik, im anderen als Einrede aufzufassen und darüber zu verhandeln. Der Kläger hat sich bei dem landgerichtlichen Urteil wohl nur in der gleichen Meinung beruhigt, daß nunmehr zwischen ihm und der an Ausfolgung der Bücher allein interessierten Streitverkündeten über das beiderseitige Rechtsverhältnis verhandelt und entschieden werden solle. Auch aus der späteren Verteidigung der Streitverkündeten ergiebt sich der bereits erwähnte Wille dieser, denn sie hat nicht etwa den Beklagten an der Behauptung in der schriftlichen Klage festgehalten, sondern wenigstens so viel zugegeben, daß vom Kläger die Einsicht der Bücher verlangt und diese zu diesem Zwecke (also nicht bloß zur Aufbewahrung) an L. O. S. & Sohn geschickt worden seien. Auch im Hinblick auf die dem landgerichtlichen ersten Urteile vorausgegangene einstweilige Verfügung muß angenommen werden, daß fortan nur noch über das Recht an den Büchern entschieden werden solle. Wenn auch das gedachte landgerichtliche Urteil die Rechtskraft beschritten hat, so folgt daraus nicht, daß es nur für den Kläger, und zwar in der Weise nachteilig sein müsse, daß ihm das Klagrecht gegen den passiv legitimierten Beklagten entzogen und an dessen Stelle ein Beklagter gesetzt werde, dem gegenüber

die Klage sofort wegen fehlender Passivlegitimation hätte abgewiesen werden müssen. Vielmehr waren die Umstände, unter denen die Streitverkündete in den Prozeß eintrat, ihr mutmaßlicher Wille und ihre eigene Verteidigung in Betracht zu ziehen, und dies mußte zu dem Ergebnisse führen, daß sie den Zweck verfolgt hat, eine Entscheidung über die Berechtigung herbeizuführen. Bei der freien Beurteilung der Tragweite der Rechtskraft (Nr. 3571) konnte hiernach das Urteil des Berufungsgerichts nicht aufrecht erhalten werden.

Nr. 1735. II. Sen. 4. November 1879. II. 19. 79. Bd. 1, Nr. 78, S. 218.

Besitzschutz. (Rhein. R.). Es stellt sich als eine Störung in dem Eigentumsbesitze eines Grundstücks dar, wenn der Nachbar in einer geringeren als der gesetzlich bestimmten Entfernung, Art. 678 code civil, Aussichtsöffnungen, Balkons u. s. w. anbringt. Wenn man auch das Recht, eine solche Anlage zu untersagen, von dem Gesichtspunkte eines servitutischen Rechtes auffassen wollte, so steht immerhin doch demselben, da hier das Gesetz den Titel bildet, der possessorische Schutz zur Seite, für dessen Voraussetzungen, auch was die Zeit der Störung betrifft, lediglich die allgemeinen Regeln gelten. Art. 23 Code de proc.

Nr. 1736. III. Sen. 21. April 1893. III. 12. 93. Bd. 31, Nr. 37, S. 178.

Besitzstörungsklage zum Schutze des Besitzers eines Beholzungsrechts. (Gem. R.). Der klagenden Gemeinde stehen in den Waldungen des Beklagten des Forstreviers Spr. verschiedene Forsthaupt- und -nebennutzungsrechte zu, von denen hier nur der Quasibesitz des Rechts, in Gemeinschaft mit der Gemeinde S. die Stockrodung in Kahlhiebsflächen unter gewissen aus forstwirtschaftlichen und forstpolizeilich zu bestimmenden Einschränkungen vorzunehmen, in Streit befangen ist. Im Jahre 1884 hatte die Forstverwaltung des Beklagten Teile von vier Walddistrikten abholzen lassen, der klagenden Gemeinde jedoch den Bezug der Erdstöcke unter dem Vorgeben verweigert, daß diese Abtriebsschläge sämtlich aus in Hege gelegten Flächen beständen, in denen die Gemeinde S. allein das Recht auf Bezug des Stockholzes zu beanspruchen habe. Dies gab Anlaß für die Besitzstörungsklage. Nachdem das Landgericht die Klage abgewiesen hatte, wurde der Beklagte in der Berufungsinstanz für schuldig erklärt, den Rechtsbesitz der Klägerin, in der klagend bezeichneten Weise gemeinschaftlich mit S. aus den rauhen (offenen) Waldungen des Beklagten Erdstöcke zu roden, anzuerkennen, sich aller Störungen desselben zu enthalten und den durch die Störung bisher entstandenen und noch entstehenden Schaden, Feststellung vorbehältlich, zu ersetzen. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen. Vom Standpunkte des gemeinen deutschen Privatrechts aus ist der Waldeigentümer durch das Bestehen eines Beholzungsrechts an der Vornahme zweckmäßiger Forstkulturen nicht gehindert, sofern diese zur Erhaltung des Waldes dienen. Es liegt in der Natur der Sache und ergiebt sich aus Gründen des öffentlichen Wohles, daß das Waldeigentum wirtschaftlich behandelt werden muß. Deshalb ist jede auf dem Walde haftende Dienstbarkeit solchen Einschränkungen unterworfen, welche einerseits mit der Ausübung der Servitut verträglich sind und andererseits dem Waldeigentümer einen billigen Nutzen belassen. Entsteht aber Streit über die Grenzen der beiderseitigen Befugnisse, so kann deren Ausgleichung nicht dem Ermessen des Waldeigentümers anheimgestellt werden; es hat vielmehr hierüber in der nämlichen Weise wie hinsichtlich anderer Privatrechte der Richter zu befinden. Wie weit der Richter bei der Abwägung der gegenseitigen Interessen gehen darf, und wem bei konkurrierendem Gebrauche des Waldeigentümers und des Servitutberechtigten vermöge stärkeren Rechts der Vorrang einzuräumen ist, mag unerörtert bleiben. Denn der Berufungsrichter stellt thatsächlich fest, daß im vorliegenden Falle die Verhängung der Vorhege dem Walde keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen habe gewähren sollen, sondern nur als Vorwand für die Beseitigung der Servitut in ihren wertvollsten Teilen benutzt

worden sei, demgemäß aber als eine rein willkürliche Maßregel bezeichnet werden müsse. Diese eingehend begründete Feststellung, bei der ein Rechtsirrtum nicht erkennbar ist, und die sämtliche hierher gehörige Einwendungen des Beklagten als hinfällig erscheinen läßt, kann in der Revisionsinstanz nicht nachgeprüft werden. Wenn die Revision darauf hinweist, daß dem Waldeigentümer mindestens die Befugnis zugestanden werden müsse, den Nutzungsberechtigten wegen der Einhegung der streitigen Walddistrikte durch Öffnung anderer gleichartiger schadlos zu halten, der Berufungsrichter daher mit Unrecht der hierauf gestützten Einrede des Beklagten Beachtung versagt habe, so ist auch dieser Ausführung nicht beizutreten. Da der ganze Waldkomplex des Forstrevieres S. servitutpflichtig ist, so braucht sich die klagende Gemeinde keine Entziehung einzelner Teile desselben gefallen zu lassen, sobald die Voraussetzungen zur Ausübung ihres Rechtsbesitzes überhaupt gegeben sind. Auch fällt zu Gunsten der Klägerin ins Gewicht, daß es sich hier um eine Forsthauptnutzung handelt und der Beklagte ohnehin verpflichtet ist, der Gemeinde S. die Gewinnung von Erdstöcken selbst aus Hegewaldungen zu gestatten. Ferner steht in Frage, ob die klagende Gemeinde dadurch, daß sie, ohne Widerspruch zu erheben, vom Ende der 1840er Jahre an bis zum Jahre 1882 mehrfach die Verhängung von Vorhegen bei Kahlhieb von Waldesteilen durch die Forstverwaltung des Beklagten zuließ, den Rechts- und Interdiktenbesitz des Beholzungsrechts verloren hat. Thatsächlich ist die Verjüngungshege während jener Zeit nicht in allen Fällen, nicht in jedem Jahre und örtlich nicht in einem weiteren Umfange als bei dem neunten Teile des dienenden Waldkomplexes zur Anwendung gekommen; auch hat keine wiederholte Abtreibung der nämlichen Waldparzellen stattgefunden. Bei solchem Sachverhalt enthielt die Anordnung der Vorhegen nur eine B e s i t z s t ö r u n g. Denn nach den hier rechtsähnlich anzuwendenden Grundsätzen des gemeinen (römischen) Rechts über den Besitzverlust bei Servituten war zur Erhaltung des Rechtsbesitzes der streitigen Holzgerechtsame deren ununterbrochene und vollinhaltliche Ausübung nicht erforderlich. Zu diesem Ergebnisse führt gerade die von der Revision betonte Einheitlichkeit der Gerechtsame (vergl. l. 2, l. 8 § 1, l. 9 Dig. quemadm. serv. 8, 6). Der Beklagte rügt endlich, daß der Berufungsrichter rechtsirrtümlich den erhobenen Schadensersatzanspruch ohne Feststellung eines V e r s c h u l d e n s des Störers zugelassen habe. Nach Lage der Sache ist auch diese Beschwerde nicht begründet. Ob und unter welchen Voraussetzungen mit der Besitzstörungsklage, dem interdictum uti possidetis, der Ersatz des durch die Störung entstandenen Schadens verlangt werden könne, ist in Theorie und Praxis bestritten. Die Ansicht, daß dies Rechtsmittel, da es bloß prohibitorischer Natur sei, auf Schadensersatz überhaupt nicht gehe, steht mit ausdrücklichen Quellenzeugnissen (l. 1 pr. l. 3 § 11 Dig. uti poss. 43, 17) in Widerspruch. Doch wollen manche Rechtslehrer, wenn auch ohne Grund, den Interesseanspruch auf die Zeit nach der Streiteinlassung, jetzt gemäß § 239 C.P.O. nach der Klagerhebung, beschränken. Andere Rechtslehrer verpflichten den Störer zum Schadensersatze ohne Unterschied, ob die Rechtsverletzung eine verschuldete oder unverschuldete war. Zu dieser Meinung neigt auch die ältere Praxis der deutschen Gerichte. In neuerer Zeit dagegen wird überwiegend angenommen, daß die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches durch die possessorischen Interdikte überhaupt die Darlegung eines V e r s c h u l d e n s des Störers erfordere. Der III. Civil-Senat des Reichsgerichts hat sich über diese Frage noch nicht ausgesprochen. Die ergangenen Entscheidungen beziehen sich auf b e s o n d e r e Interdikte. In dem Urteile im Falle Nr. 2135 wird, ohne des Erfordernisses des Verschuldens zu gedenken, bezüglich des Interdiktes zum Schutze des Gebrauches ö f f e n t l i c h e r F l ü s s e (interdictum ne quid in flumine publico fiat) gesagt, daß die Verurteilung des Störers zum Schadensersatze gerechtfertigt erscheine, „weil das anzuwendende Interdikt nicht bloß prohibitorischer, sondern auch restitutorischer Natur sei". In dem Urteile im Falle Nr. 2111 wird rücksichtlich desselben Interdikts erwogen, „daß das die Schadensersatzpflicht der Beklagten bedingende Moment mit Recht

darin gefunden worden sei, „daß sie, wie festgestellt, bei der Einführung der Abfallwässer in den Fluß sich deren schädigender Eigenschaften bewußt gewesen sei". Das Urteil im Falle Nr. 2089 behandelt das Besitzrechtsmittel bei Störung im Gebrauche eines öffentlichen Weges, interdictum ne quid in loco publico fiat, und spricht aus: „Dasselbe gehe auch auf Schadensersatz, ohne daß es dabei nach den für die negatorische Klage geltenden Grundsätzen des Nachweises einer besonderen Verschuldung des Störers bedürfe". Diese Ansicht hat jedoch der erkennende III. Senat bei erneuerter Prüfung der Frage nicht aufrecht erhalten, vielmehr in dem Urteil vom 25. Oktober 1892 angenommen, daß der mit jenem Interdikt verfolgte Schadensersatzanspruch, abgesehen von der Zeit nach der Klagerhebung, nur auf ein Verschulden des Beklagten gegründet werden kann. Da der Inhalt der Besitzstörungsklage (interdictum uti possidetis) keinen Anhaltspunkt zu einer besonderen Beurteilung darbietet, so muß im Anschlusse an die vorstehend angeführten Urteile nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen davon ausgegangen werden, daß die Schadensersatzpflicht des Beklagten für die Vergangenheit auch bei diesem Interdikt davon abhängig ist, daß dem Störer eine unerlaubte Handlung, eine Schuld, zur Last fällt. Für die Zeit nach der Klagerhebung bedarf es dagegen eines derartigen Nachweises nicht; insoweit ist der Beklagte, auf dessen Gefahr der Prozeß geführt wird, im Falle des Unterliegens ohne weiteres nach Analogie der bei der negatorischen Klage geltenden Regel zur Leistung des Interesses zu verurteilen. Nr. 1851. Das Berufungsgericht hat sich auf eine Erörterung über die Voraussetzungen des erhobenen Schadensersatzanspruches nicht eingelassen. Ein dahin gehender Einwand war auch von dem Beklagten in den vorderen Verhandlungen nicht vorgeschützt worden. Dies hindert nicht, daß der Mangel der Feststellung eines Verschuldens des Besitzstörers noch in der Revisionsinstanz gerügt wird. Allein der Revisionsangriff ist materiell nicht gerechtfertigt. Ein Verschulden des mit der Besitzstörungsklage Belangten braucht nicht immer besonders dargelegt und nachgewiesen zu werden; es kann auch in der Sache selbst liegen. Dies wird überall anzunehmen sein, wo nicht bloß ein objektiver Eingriff in fremde Besitzrechte stattfand, sondern auch aus den Umständen erhellt, daß dieser Eingriff des Handelnden mit dem Bewußtsein der Widerrechtlichkeit vollzogen wurde. So liegt hier die Sache.

---

§ 70.

Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

B.G.B. §§ 873—902.

I. 787, 826—847, 960, 962, 965, 969, 977, 982, 1015, 1048, 1054, 1061, 1109, 1134, 1144. II. 794—817. III. 857—886. M. III. 56, 136—256, 461, 471, 474, 489, 495, 531, 568, 586, 593, 744, 776, 795. D. 117—125. E.G. Art. 57 ff., 61, 63, 68, 112, 114, 119, 120, 141, 142, 168, 184, 186, 188 Abs. 2, 189, 197. Windscheid I. §§ 212, 215 Note 9, 248 Nr. 4. Stobbe II. §§ 71, 78—82, 91—95. Dernburg I. §§ 181—206.

Nr. 1737. V. Sen. 7. Juli 1894. V. 94. 94. Bd. 33, Nr. 77, S. 320.

Zeitpunkt des Einganges eines Eintragungsgesuchs, wenn die Eintragung auf mehrere zu den Amtsbezirken verschiedener Amtsrichter gehörige Grundstücke begehrt wird. Behandlung unvollständiger Gesuche. (Preuß. R.). Nach § 45 der Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 erfolgt die Eintragung aus mehreren Eintragungsgesuchen für dasselbe Grundstück in der durch den Zeitpunkt der Vorlegung der Gesuche bei dem Grundbuchamte bestimmten Reihenfolge. Dieser materiell rechtliche Grundsatz ist so allgemein gefaßt und so sehr in der Natur der Sache begründet, daß darin eine

für die Lösung aller Kollisionsfälle maßgebende Regel gefunden werden muß. Er muß daher Anwendung finden ohne Unterschied, welche Art der Eintragung begehrt wird, ob das eine Gesuch die Eintragung des Eigentumsüberganges, das andere die Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld oder eines anderen dinglichen Rechts oder ob das eine oder andere Gesuch die Eintragung der eine endgültige Eintragung vorbereitenden Vormerkung betrifft. Nr. 1789. Durch die Bestimmungen der §§ 12 Nr. 2, 4, 5; 31 des preußischen A.G. zum G.V.G. vom 24. April 1878 ist das Geschäft, die Anträge und Urkunden genau mit dem Zeitpunkte des Einganges zu bezeichnen (§ 42 G.B.O.), auf den Amtsrichter und den Gerichtsschreiber übergegangen. Von der Regel des § 23 A.G. zum G.V.G. enthält § 31 Abs. 2 das. eine Ausnahme. Daraus ergiebt sich, daß ein Gesuch, womit um Eintragung auf mehrere Grundstücke gebeten wird, die in den Geschäftskreisen verschiedener Amtsrichter und Gerichtsschreiber liegen, erst dann mit Wirksamkeit für die Reihenfolge der Eintragungen präsentiert ist, wenn darauf der Zeitpunkt des Einganges von den mehreren für diesen Akt ausschließlich zuständigen Beamten vermerkt ist. Diese Voraussetzung trifft bei dem Eintragungsgesuche des L. vom 26. März 1891 betreffend die Eintragung der streitigen Vormerkung auf die vier Grundstücke des M. zu. Der durch den zuständigen Gerichtsschreiber unterzeichnete Vermerk fixiert als Eingangszeit den 28. März 1891, und die von L. begehrte Eintragung der Vormerkung war sonach der erst am 28. April 1891 von den Klägern mit der Auflassung von dem zuständigen Amtsrichter beantragten Eintragung des Eigentumsüberganges in der Reihenfolge vorzustellen. Den Klägern kann darin nicht beigetreten werden, daß die Vorlegung des Gesuches um Eintragung im Grundbuche im Sinne des § 31 A.G. vom 24. April 1878 erst dann als erfolgt angesehen werden dürfe, wenn das Gesuch zu den betreffenden G r u n d a k t e n gebracht und dem Richter zur Verfügung vorgelegt worden sei. Das Präjudiz Nr. 653 des vormaligen preußischen Obertribunals (Präj. Sammlung Bd. 1, S. 273): „Der Tag und die Stunde des Einganges eines Eintragungsgesuches beim Gericht bestimmt ohne Rücksicht darauf, wann es zu den Grundakten gekommen, die Präsentation. Wenn daher eine Ingrossation auf mehrere Grundstücke in einer Vorstellung gesucht wird, so ist sie bei allen Grundstücken zugleich präsentiert, wenn sie auch bei den Grundakten des einen früher allein zum Vortrage gelangt" ist, soweit es die Wirkung der Vorlegung des Eintragungsgesuchs bei den Grundakten betrifft, auch gegenüber der veränderten Gesetzgebung noch richtig und anwendbar. Sodann meinen die Kläger, es komme nur darauf an, wem der v e r v o l l s t ä n d i g t e Antrag vorgelegt worden sei, die zur Vervollständigung erforderte Vollmacht sei aber dem Grundbuchführer des betreffenden Grundstücks nicht vorgelegt. Es ist nämlich so verfahren: Als der Antrag für L. am 28. März 1891 einging, ist darauf nicht sofort die Eintragung verfügt, sondern es ist vom Antragsteller, Rechtsanwalt S. die Nachbringung der Prozeßvollmacht erfordert, und erst als diese zu den Grundakten des einen Grundstücks am 24. April 1891 überreicht war, ist am 28. April 1891 die Eintragung vom Grundbuchrichter für dies Grundstück verfügt. Der Antrag des Rechtsanwalts S. vom 26. März 1891 ist jedoch nicht etwa zurückgewiesen, sondern auf diesen Antrag ist später die Eintragung erfolgt. Auch dieser Angriff ist nicht begründet. Bei dem Fehlen einer Bestimmung, nach welcher ein Antrag zurückzuweisen wäre, der nicht sofort zur Eintragung führen kann (vergl. § 48 des Entwurfs einer G.B.O. für das Deutsche Reich) kann es nicht für gesetzwidrig erachtet werden, wenn der Grundbuchrichter einen Antrag, zu dessen Ergänzung es der Beibringung einer Urkunde bedarf, nicht endgültig zurückweist, sondern dessen Vervollständigung fordert und dadurch der beantragten und später wirklich erfolgenden Eintragung das durch den Zeitpunkt der ersten Vorlegung des Antrags erworbene Vorrecht erhält. Nur dann, wenn der unvollständige Antrag zurückgewiesen wird, geht dies Vorrecht verloren; und wird der Antrag demnächst nach Beseitigung des Anstandes wiederholt, so ist für die Reihenfolge der Eintragungen der Zeitpunkt

des Einganges des wiederholten Antrags maßgebend. Es hängt also von dem Verfahren des Grundbuchrichters ab, ob für einen der Ergänzung bedürfenden Antrag das durch dessen Vorlegung beim Grundbuchamt begründete Vorrecht erhalten wird oder nicht. Da der Eintragungsantrag für L. vom 26. März 1891 nicht zurückgewiesen ist, es also keines neuen Antrages, sondern nur der Beibringung der Prozeßvollmacht des Rechtsanwalt S. zur Eintragung der Vormerkung bedurfte, so wurde dem Antrage vom 26. März das durch seinen Eingang am 28. März erworbene Vorrecht erhalten. Einer nochmaligen Vorlegung des in Kraft gebliebenen Antrages vom 26. März 1891 unter Beifügung der nachgebrachten Vollmacht bei dem mit der Bearbeitung der Grundbuchgeschäfte für das andere Grundstück beauftragten Amtsrichter oder Gerichtsschreiber bedurfte es nicht. Die gleichzeitige Vorlegung von Legitimationsurkunden wird zur Feststellung des Zeitpunktes des Einganges eines Eintragungsgesuchs nicht gefordert; vielmehr ist es gleichgültig, wo diese Urkunden sich befinden; es genügt, daß sie dem Grundbuchrichter zum Zwecke der Prüfung des Gesuchs zugänglich sind.

Nr. 1738. V. Sen. 20. Mai 1882. V. 888. 81. Bd. 7, Nr. 71, S. 249.

Nicht eingetragene Beschränkung der Veräußerungsbefugnis. Kenntnis des Käufers. § 11 des E.E.G. vom 5. Mai 1872. § 73 Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Der Widerspruch zwischen § 11 des Gesetzes und § 73 der Grundbuchordnung beruht lediglich auf einem Redaktionsfehler, der allein den § 73 der Grundbuchordnung betrifft; es enthält daher allein der § 11 des Gesetzes die maßgebende materielle Bestimmung. Aus der Vergleichung der §§ 9, 11, 12, 15, 38 und 49 des Gesetzes ergiebt sich, daß die landrechtliche Theorie, wonach es auf die Unrichtigkeit des Grundbuches nicht ankommt, wenn sie dem Erwerber bekannt war, überwiegende Anerkennung in dem Gesetze gefunden hat. Die Kenntnis der durch Testament des Erblassers angeordneten Beschränkung der Veräußerungsbefugnis der ohne diese Beschränkung als Eigentümer eingetragenen Erben steht daher dem Erwerber entgegen. Nr. 2539. Nr. 1744. Nr. 1965.

Nr. 1739. V. Sen. 17. Januar 1891. V. 1. 91. Bd. 27, Nr. 57, S. 237.

Wirkung der Eintragung einer Vormerkung behufs Sicherung eines eingeklagten persönlichen Anspruches. (Preuß. R.). Durch die Eintragung der Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung gewisser Parzellen ist der Eigentümer S. in seiner Verfügung über das Grundstück so weit beschränkt worden, daß er nichts vornehmen durfte, wodurch der Erwerb des Grundstücks oder der in der Vormerkung bezeichneten Teile desselben, auf deren Auflassung der Kläger gegen ihn geklagt hatte, für diesen gefährdet wird. Der Eigentümer ist zwar durch eine Vormerkung gemäß § 8 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 nicht an der Belastung oder der Veräußerung seines Grundstücks gehindert, aber das für den Vorgemerkten eingetragene zunächst nur bedingte Recht hat zur Folge, daß beim Eintritt der Bedingung alle später begründeten Rechte an dem Grundstücke, soweit sie dem Rechte des Vorgemerkten entgegenstehen, keine Rechtswirkungen erzeugen. Nr. 1742. Nr. 1743. An diesen Grundsätzen ändert auch nichts der Umstand, daß das Grundstück, nachdem S. verurteilt war, die dem Kläger von dem Grundstücke verkauften Parzellen aufzulassen, im Wege der Zwangsversteigerung verkauft worden ist. Wie sich die Rechtslage des Erstehers P. gestalten würde, wenn in dem Zuschlagsurteil nichts gesagt wäre, bedarf hier keiner Erörterung. Hat jedoch das Zuschlagsurteil in betreff des Fortfalles oder des Überganges der Vormerkung Bestimmung getroffen, so ist diese für das Recht des Erstehers maßgebend. Danach kann P., dem durch das Zuschlagsurteil die Übernahme der in das geringste Gebot aufgenommenen Vormerkung zur Pflicht gemacht ist, sich nicht weigern, die seinem Vorbesitzer S. durch das Urteil auferlegte Verpflichtung zur Übereignung der fraglichen Parzellen an den Kläger zu erfüllen. Der Kläger kann auch die Durchführung seines

hiernach materiell begründeten Anspruches gegen P. im Wege der Zwangsvollstreckung bewirken. In dem Prozesse wider S. hat zwar der Kläger zunächst einen persönlichen Anspruch, nämlich Erfüllung eines Kaufvertrages, verfolgt, und durch diese Klage allein ist das Grundstück nicht zu einer in Streit befangenen Sache geworden. Aber infolge der Eintragung der Vormerkung ist eine Änderung der Sachlage eingetreten, weil nunmehr der vom Kläger geltend gemachte Anspruch durch ein dingliches Recht an dem Grundstücke geschützt war. Ein auf diese veränderte Sachlage hin erlassenes Urteil verpflichtete den Beklagten nicht bloß zur Erfüllung des Vertrages, sondern auch zur Gewährung des dem Kläger durch die Vormerkung gesicherten Rechts auf Auflassung. §§ 655, 236, 238 C.P.O. Wenn unter diesen Umständen das Berufungsgericht angenommen hat, das Grundstück, auf dem die Vormerkung zum Schutze des Rechts des Klägers eingetragen ist, sei eine in Streit befangene Sache geworden, so läßt sich ein Rechtsirrtum bei dieser Entscheidung nicht erkennen. Mit Recht ist daher die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des gegen S. erlassenen rechtskräftigen Urteils gegen P. für den Kläger angeordnet worden.

Nr. 1740. V. Sen. 19. April 1884. V. 50. 84. Bd. 11, Nr. 63, S. 279.

Einstweilige Verfügung behufs Vormerkung des Rechts auf Eintragung des Eigentumes. § 814 C.P.O. (Preuß. R.). Nach Inhalt des § 70 des preußischen E.E.G. vom 5. Mai 1872 sieht dies Gesetz von dem weiteren im § 814 C.P.O. aufgestellten Erfordernisse (der Besorgnis einer Erschwerung der Verwirklichung des Rechtes) ab und läßt die Eintragung der Vormerkung zu, sobald der Anspruch selbst glaubhaft gemacht ist. Die Geltung dieses Gesetzes wird durch die C.P.O. nicht berührt (§ 16 Nr. 4 des E.G. zur C.P.O.). Nach § 757 C.P.O. bestimmt sich die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nach den Landesgesetzen und § 18 des preußischen A.G. zur C.P.O. vom 24. März 1879 schreibt vor, daß die nach dem Gesetze über den Eigentumserwerb zur Eintragung einer Vormerkung erforderliche Vermittelung des Prozeßrichters nur als Ausführung einer einstweiligen Verfügung nach den Vorschriften der C.P.O. stattfindet. Das letztere Gesetz will nur das Verfahren regeln, für den Inhalt des Gesuches bleibt der § 70 E.E.G. maßgebend. Nr. 1741. Nr. 710.

Nr. 1741. V. Sen. 10. Dezember 1887. V. 229. 87. Bd. 20, Nr. 55, S. 242.

Vormerkung. (Preuß. R.). Nach § 70 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 bedarf es zur Eintragung der Vormerkung nicht der weiteren Erfordernisse, welche die §§ 796, 814 ff. C.P.O. für den Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung aufstellen. Der § 70 a. a. O. wird als materielle Vorschrift von den Bestimmungen der C.P.O. nicht berührt, es ist mithin dem Antrage auf Eintragung einer Vormerkung stattzugeben, sobald der Antragsteller seinen Anspruch glaubhaft gemacht hat. Nr. 1740. Der Verpflichtete kann nur der buchmäßig eingetragene Eigentümer oder Gläubiger sein. Nur für diesen Fall enthält der § 70 a. a. O. ein Sonderrecht. Die Ausdehnung desselben auf den weiteren Fall, daß ein Dritter verpflichtet ist, dem Antragsteller das dingliche Recht zu verschaffen, und daß der eingetragene Eigentümer oder Gläubiger versprochen hat, diesen Dritten das beanspruchte Recht einzuräumen, erscheint nicht zulässig. Für einen solchen Thatbestand können vielmehr nur die allgemeinen Vorschriften über Verkümmerung von Rechten zur Anwendung gebracht werden. Nr. 710.

Nr. 1742. V. Sen. 17. Dezember 1881. V. 754. 81. Bd. 7, Nr. 55, S. 177.

Vormerkung zur Sicherung der Auflassung. § 8 des E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Der Kläger, der das Gut in notwendiger Subhastation erstanden hat und infolgedessen als dessen Eigentümer eingetragen ist, verlangt, daß der Beklagte sich die Löschung einer bereits vor der Versteigerung zur Erhaltung des Rechts auf

Auflassung einer gekauften Gutsparzelle mit Bewilligung des Eigentümers eingetragenen Vormerkung gefallen lasse, ist aber mit der Klage mit Recht abgewiesen. Das vorgemerkte Recht, um welches es sich hier handelt, der Vertragsanspruch des Käufers (Beklagten) auf Abtretung des Eigentums der gekauften Sache, ist zwar trotz der Eintragung der Vormerkung ein bloßes Recht zur Sache geblieben, es wirkt aber mit seiner Durchführung, wodurch der zur Zeit der Eintragung vorhanden gewesene Zustand wiederhergestellt wird, resolvierend. Dies trifft auch zu bei der Zwangsversteigerung, da nicht besondere Gesetze ein Anderes vorschreiben. Ein Recht des Erstehers gegenüber dem vorgemerkten Rechte auf Auflassung würde nur unmittelbar aus der gesetzlichen Wirkung der Zwangsversteigerung zu begründen sein. Es kann nur § 47 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 bezüglich der dinglichen Lasten in Frage kommen; diese gehen auf den Ersteher jedenfalls dann über, wenn sie mit älteren Hypotheken oder Grundschulden nicht konkurrieren. Die beiden dort erwähnten Fälle der Konkurrenz liegen hier nicht vor. Der Fall aber, wo der Ersteher ein die der Last vorstehenden Schulden deckendes Gebot abgegeben hat, ohne daß wegen Übernahme der Last etwas verabredet worden, bleibt nach den allgemeinen Grundsätzen namentlich nach §§ 342ff. I. 11 A.L.R. zu entscheiden. Danach gehen die in Rede stehenden Lasten mangels besonderer Abrede, also mangels besonderer Feststellungen im Zuschlagsurteile, auf den Ersteher über, sofern dadurch nicht ältere Rechte geschädigt werden. Der § 79 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 läßt die Frage offen, was nach gesetzlicher Vorschrift der Ersteher übernehmen muß. Die in den §§ 43 und 13 Nr. 7 des angeführten Gesetzes vorgesehene Präklusion trifft nur Rechte, die ihrer Natur nach dinglich sind, aber der Eintragung ermangeln, während es sich hier um ein seiner Natur nach persönliches, aber eingetragenes Recht handelt. Der Ersteher ist nur scheinbar gefährdet. Gegenüber dem bekannten Rechte der Vormerkung unterzieht er sich wissentlich und aus freien Stücken der Möglichkeit, daß ihm das ersteigerte Grundstück teilweise wieder abgefordert wird. Er ist auch in der Lage gewesen, mit Rücksicht auf diese Möglichkeit sein Gebot zu bemessen und sich dadurch gegen materiellen Schaden zu schützen. Nr. 1743. Nr. 1744. Nr. 1739.

Nr. 1743. V. Sen. 10. April 1886. V. 339. 85. Bd. 15, Nr. 62, S. 269.

Vorläufiger Vermerk der Veräußerung eines Trennstücks. (Preuß. R.). Der vorläufige Vermerk der erfolgten Veräußerung, dessen Eintragung in § 64 der Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 zugelassen wird, ist nichts Anderes als die Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung oder auf Eintragung des Eigentumsüberganges (§ 8 des E.E.G. vom 5. Mai 1872) in ihrer Anwendung auf Trennstücke. Die für die Vormerkungen des § 8 a. a. O. geltenden Sätze finden deshalb ohne Weiteres Anwendung auf die Vermerke des § 64 Grundbuchordnung. Durch die Vormerkung wird zwar nicht die weitere Bestellung von Rechten an dem Grundstücke verhindert; solche Rechte, mögen sie eine Veräußerung oder eine Belastung des Grundstückes enthalten, können jedoch dem Vorgemerkten nicht nachteilig sein. Es muß deshalb, sobald das vorgemerkte Recht zur Sache realisiert wird, der Zustand wiederhergestellt werden, welcher zur Zeit der Eintragung der Vormerkung vorhanden war; das vorgemerkte Recht zur Sache muß also mit seiner Durchführung auf alle in der Zwischenzeit von Dritten an dem Grundstücke erworbene Rechte resolvierend wirken. Nr. 1742. Nr. 1739.

Nr. 1744. V. Sen. 4. Juni 1887. V. 80. 87. Bd. 18, Nr. 64, S. 293.

Verteilung der Kaufgelder bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken. (Preuß. R.). Aus den Vorschriften der §§ 106, 21 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 folgt, daß persönliche Gläubiger des Subhastaten in dem Verteilungsverfahren Ansprüche auf das Kaufgeld nicht erheben dürfen. Daß durch Anstellung der Klage in dieser

ihrer Rechtslage eine Änderung eintrete, ist nicht anzunehmen. Nr. 3809. Dem Kläger kann daher nicht verwehrt werden, in dem vorliegenden Prozesse geltend zu machen, daß der Beklagte der Verteilung der Kaufgelder nicht widersprechen durfte, weil er nicht zu den Interessenten gehöre. Mit Recht ist aber der Beklagte nach dem Gesetze vom 13. Juli 1883 vom Berufungsrichter als Realinteressent angesehen. Weder in den Kaufbedingungen noch in dem Zuschlagsurteil ist eine Bestimmung über den Fortbestand oder die Übernahme der für den Beklagten eingetragenen seine Rechte als Eigentumsprätendenten schützenden Vormerkung getroffen. Während nach dem früheren Rechte, insbesondere der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 (Nr. 1742) dies zur Folge hatte, daß die Vormerkung für den Ersteher bindend blieb, steht nunmehr nach dem Gesetze vom 13. Juli 1883 (§ 22 Abs. 2, § 40 Nr. 9, § 124 Nr. 2) dem durch eine Vormerkung geschützten Eigentumsprätendenten ein Anspruch auf das Kaufgeld und folgerichtig auch ein Widerspruch gegen dessen Verteilung zu. Die Vormerkung, wonach dem früheren Eigentümer des Grundstücks jede fernere Veräußerung, Belastung oder Verpfändung des Grundstücks sowie die Veräußerung und jedes Fortschaffen von Grundstücksinventar untersagt und dem Beklagten sein Anspruch aus dem gemeinschaftlichen Eigentumserwerbe des Grundstückes vorbehalten ist, war für den Beklagten später als eine Kautionshypothek des Klägers von 9000 Mk. zur Sicherheit für alle Forderungen, welche aus dem dem früheren Eigentümer bewilligten Kredite entstehen, eingetragen. Die Vormerkung bildete für den Kläger kein Hindernis, da sie später als die Hypothek eingetragen ist. Wenn man auch annehmen wollte, daß der Beklagte auf Grund des Societätsvertrages mit dem früheren Eigentümer G. berechtigt war, die Einräumung des Miteigentums an dem Grundstücke zu verlangen, so würde dies doch immer nur ein obligatorischer Anspruch sein. Diese Befugnis des Beklagten auf Einräumung des Miteigentums wirkte nur als „Recht zur Sache“. §§ 55, 56, 233, I. 17 A.L.R. Die Kenntnis dieses Rechts zur Sache aber hinderte den Kläger nicht, die Kautionshypothek zu Ungunsten des Beklagten zu erwerben. Der § 11 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 bezieht sich nur auf Beschränkungen des E i g e n t u m s r e c h t s für jeden Eigentümer. Dazu gehören namentlich Beschränkungen, welche aus der rechtlichen Natur des Eigentums (Lehn, Fideikommiß) für die Verfügungsbefugnis jedes Eigentümers folgen. Auch testamentarische Veräußerungsverbote fallen unter die Vorschrift des § 11 a. a. O. Nr. 1738. Nr. 2539. Noch weiter zu gehen und die obligatorische Pflicht des Eigentümers, einem Anderen das Eigentum oder Miteigentum einzuräumen, ebenfalls für eine Beschränkung des Eigentumsrechts zu erklären, kann nicht für richtig erachtet werden. Nr. 1788.

Nr. 1745. I. Hilfs-Sen. 24. Januar 1882. IV$^{a.}$ 467. 81. Bd. 6, Nr. 82, S. 301.

Unkenntnis einer Eintragung im Grundbuche als Verschulden. § 19, I. 4; §§ 18ff. I. 3 A.L.R. (Preuß. R.). Der § 19 a. a. O. stellt nicht die, gesetzliche, V e r m u t u n g auf, daß der Inhalt des Grundbuches Jedermann bekannt sei, und ebensowenig statuiert er die V e r p f l i c h t u n g, von dem Inhalte des Grundbuches Kenntnis zu nehmen, so daß auch nicht von der u n t e r l a s s e n e n E r f ü l l u n g e i n e r g e s e t z l i c h e n P f l i c h t und insofern nicht von dem Mangel der Beobachtung der schuldigen Aufmerksamkeit die Rede sein kann. Das Gesetz f i n g i e r t vielmehr nur mit Rücksicht auf die Publizität des Grundbuches die Kenntnis von dem Inhalte desselben. Aus dieser F i k t i o n kann aber ein Schluß auf die in W i r k l i c h k e i t bestehende Wissenschaft nicht gezogen werden.

Nr. 1746. V. Sen. 13. Dezember 1879. V. 24. 79. Bd. 1, Nr. 52, S. 127.

Glaube des Grundbuches. Exekutionshypothek. (Preuß. R.). Für eine von A. nach dem Tode seiner Ehefrau gemachte Schuld hatte der Gläubiger B. eine Exekutionshypothek eintragen lassen auf ein Grundstück, das im Grundbuche noch als gütergemein-

schaftliches auf den Namen beider Eheleute eingetragen war. Auf die von B. wegen dieser Hypothekenforderung ausgebrachte Subhastation klagte C. als Erbe der verstorbenen Ehefrau gegen B. auf Aufhebung der Subhastation. Der Appellationsrichter verurteilte den B. nach dem Klagantrage, weil die Exekutionshypothek den zur Zeit der Eintragung durch den Tod der Ehefrau des A. bereits auf deren Erben verfallenen Anteil des Grundstückes nicht erfaßt habe. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist verworfen. Das Grundbuch hat nicht die Aufgabe, darüber Nachricht zu geben, ob die darin eingetragenen Personen noch am Leben sind. Der Prozeßrichter kann bei seiner Requisition um Eintragung einer Exekutionshypothek nur den Willen eines Lebenden ergänzen, und durch seinen Irrtum kann der Dritte, der Gläubiger, selbst wenn er sich in gutem Glauben befindet, ebenso wenig Rechte erwerben, als wenn er sich mit dem Mandatar eines Verstorbenen eingelassen hätte. Es ist auch kein Grund für die Annahme vorhanden, daß der Gesetzgeber dem durch das Gesetz vom 4. März 1834 geschaffenen Titel zum Pfandrechte mehr Rechte habe beilegen wollen als den übrigen Titeln.

Nr. 1747. V. Sen. 4. Mai 1885. V. 413. 84. Bd. 13, Nr. 58, S. 246.

Glaube des Grundbuches. Doppelter Eintrag desselben Grundstückes. (Preuß R.). In dem Falle Nr. 1796 hatte der Kläger einen Eventualantrag gestellt. Weil über diesen Antrag, dem der Beklagte widersprochen hatte, noch nicht verhandelt und erkannt war, wurde insoweit die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen. Das Berufungsgericht hat nun den Beklagten verurteilt, sich die Eintragung der Hypothek gefallen zu lassen, den Kläger dagegen abgewiesen mit dem Anspruche auf Gewährung eines Vorrechts für seine Hypothek vor den nach ihrer ursprünglichen Eintragung erfolgten Belastungen. Die Revision des Beklagten sowie die Ausschlußrevision des Klägers sind zurückgewiesen. Der Kläger hatte die streitige Hypothek an dem in dem Eigentume des Beklagten befindlichen Grundstücke rechtsgültig erworben, noch ehe dieser durch die Auflassung Eigentümer geworden war. Zufolge der Wirkung der Dinglichkeit mußte jeder dem Besteller der Hypothek nachfolgende Eigentümer des damit belasteten Grundstücks dieselbe wider sich gelten lassen. Diese Wirkung ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Grundbuch dasselbe Grundstück doppelt führte und die Hypothek auf dem Blatte nicht eingetragen war, bei welchem das Grundstück auf den Namen des Beklagten umgeschrieben wurde. Der Glaube des Grundbuches steht dem Beklagten nicht zur Seite. Der den Beurkundungen des Grundbuches beigelegte öffentliche Glaube besteht nur für dessen Gesamtinhalt. Wenn also wie hier solche Beurkundungen sich widersprechen, so darf nicht derjenigen der Vorzug vor der anderen gegeben werden, welche und weil sie allein dem, der sich darauf beruft, zu Gesicht gekommen ist. In einem solchen Falle des Widerspruches ist der Streit nach allgemeinen Rechtgrundsätzen zu entscheiden. Es bleibt also dabei, daß der Beklagte die Hypothek wider sich gelten lassen muß, welche der Kläger an dem Grundstücke rechtsgültig erworben hatte, ehe es in das Eigentum des Beklagten überging. Es kann dem Letzteren auch der Umstand nicht zum Vorteile gereichen, daß nach Durchführung der Subhastation die Hypothek gelöscht worden ist. Denn nachdem unter den Parteien rechtskräftig feststeht, daß der Kläger als Ersteher im jener Subhastation das Eigentum des belasteten Grundstückes nicht erworben hat, dies vielmehr bei dem Beklagten verblieben ist, muß die Löschung mit dem Wegfall des Rechtsgrundes derselben selbst in Wegfall kommen und als nicht geschehen angesehen werden. § 118 der Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872. Die Verurteilung des Beklagten dahin zu ermöglichen, daß die streitige Hypothek mit dem Vorrechte vor den jüngeren Hypotheken eingetragen werde, kann der Kläger nicht verlangen. Der Beklagte steht zu ihm in keinem obligatorischen Verhältnisse, der Anspruch des Klägers ist rein dinglicher Natur. Über den Umfang des Rechtes, welches der Kläger durch die Eintragung der Hypothek den anderen Realgläubigern gegenüber erlangt, hat er sich lediglich mit diesen auseinanderzusetzen.

Nr. 1748. II. Hilfs-Sen. 20. Mai 1880. V^a. 33. 80. Bd. 2, Nr. 62, S. 218.

Öffentlicher Glaube des Hypothekenbuches. (Preuß. R.). Im Interesse der Aufrechterhaltung des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuches und der dadurch bedingten Rechtssicherheit ist der Erwerb gewisser Rechte oder die volle Wirksamkeit gegen Dritte durch positive Bestimmungen an die Eintragung geknüpft, aber ausdrücklich nur unter der Voraussetzung, daß sich der Dritte im Vertrauen auf die Richtigkeit des Inhalts des Hypothekenbuches mit dem als Eigentümer oder sonstigen berechtigten Eingetragenen in Verhandlungen eingelassen hat, also nur für den Fall der freiwilligen Übertragung eines Rechtes vermöge eines mit diesem abgeschlossenen Rechtsgeschäfts. Vergl. §§ 7 und 8, I. 8; § 522, I. 20; §§ 258, 259, 288—291, I. 18 A.L.R. Unzulässig ist dagegen die Anwendung der in Rede stehenden Grundsätze des Hypothekenrechts auf den Erwerb durch Ersitzung, da sie anomaler Natur sind und nicht weiter ausgedehnt werden dürfen, als die bestimmten Worte und die strenge Konsequenz gebieten. In dem Falle Nr. 2067 haben sich die Kläger mit dem Lehnsbesitzer in keinerlei Verhandlungen eingelassen, sondern sie stützen ihren Erwerb (an Grundgerechtigkeiten in Bezug auf das Lehngut) lediglich auf Besitzhandlungen, die sie vorgenommen haben, ohne sich bei dem Lehnsbesitzer über die Rechtsverhältnisse des Guts zu erkundigen oder das Hypothekenbuch überhaupt einzusehen. Es ist daher nicht einzusehen, welchen Einfluß der mangelhafte Inhalt des Hypothekenbuches (über die Lehnsqualität des Gutes) auf die Entschuldbarkeit ihres Irrtums (daß das Gut kein Lehngut sei) sollte haben können.

Nr. 1749. III. Sen. 5. Mai 1893. III. 29. 93. Bd. 31, Nr. 68, S. 301.

Veräußerung eines Grundstückes, für das ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt ist, beurteilt nach § 49 der Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Das Berufungsgericht hat zunächst nur geprüft, ob der Kläger Eigentümer der in Frage stehenden beiden Grundstücke geworden ist, und gelangt, indem es dies verneint, zur Verwerfung der gegen das die Klage abweisende erste Urteil eingelegten Berufung. Die dagegen gerichtete Revision ist nicht begründet. Wie feststeht, sind jene Grundstücke Abfindungskoppeln, die in dem Teilungsverfahren der Mark P. nach dem im Jahre 1876 genehmigten und den Beteiligten publizierten Teilungsplane dem E.schen Kolonate zugefallen und von E. im Jahre 1878 an T. verkauft und übergeben worden sind. Nach dem Tode des T. verkaufte und übergab dessen Witwe und Rechtsnachfolgerin das Gut B. nebst jenen zugekauften Markengründen dem Kläger, dem auch das Gut aufgelassen wurde, jedoch ohne die Markengründe, weil diese noch nicht in das Grundbuch eingetragen waren. Mit Recht geht bei dieser Sachlage der Berufungsrichter davon aus, daß der Kläger Eigentümer der Markengrundstücke nur geworden ist, wenn für diese zur Zeit seines Erwerbes ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt werden konnte. Denn nach dem § 1 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 konnte damals auf Grund von Rechtsgeschäften unter Lebenden das Eigentum an Grundstücken regelmäßig nur durch Auflassung erworben werden. Allerdings behalten nach § 49 der Grundbuchordnung „die Vorschriften des bisherigen Rechts in Ansehung der Grundstücke, für welche ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt werden kann, bis zu dessen Anlegung ihre Gültigkeit", und es wird die Ansicht verteidigt, daß dieser Fall schon dann als vorliegend angesehen werden müsse, wenn thatsächlich das Grundbuchblatt noch nicht angelegt ist. Diese Ansicht steht aber nicht nur mit dem klaren Wortlaute des Gesetzes in Widerspruch, sondern wird auch durch die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung widerlegt. Vielmehr ist anzunehmen, daß die Ausnahmebestimmung des § 49 nur bei objektiven Hindernissen Anwendung findet. Gemeint ist in den Schlußworten des § 49 „bis die Anlegung erfolgen kann". Daß ein objektives Hindernis der Anlegung dann vorliegt, wenn von den zuständigen Behörden die Anträge auf Anlegung ohne Schuld des Antragstellers zurückgewiesen sind, und daß dies einer Nachprüfung des Prozeßrichters nicht unterliegt, ist zuzugeben; ist aber ein solcher Versuch gar nicht gemacht,

so führt im Prozesse gegenüber dem § 1 des E.E.G. der Erwerber den Nachweis des Eigentumserwerbes nur, wenn er dem Prozeßrichter die Überzeugung verschafft, daß der Ausnahmefall des § 49, also ein objektives Hindernis der Anlegung des Grundbuches, vorliegt. Es ist also nur noch zu prüfen, ob zur Zeit des Erwerbes des Klägers für die angekauften Markengründe ein Grundbuchblatt angelegt werden konnte. Das Berufungsgericht bejaht dies, und seine Begründung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Nr. 1750. V. Sen. 2. März 1892. V. 275. 91. Bd. 29, Nr. 50, S. 198.

Bedeutung des Inhaltes des Grundbuches für den Umfang und die Bestandteile des Grundstückes bei der Auflassung, wenn der Besitztitel für den Auflassenden vor dem Inkrafttreten der Gesetze vom 5. Mai 1872 berichtigt ist. (Preuß. R.). Ist bei der Auflassung die Bezeichnung des Grundstücks unter Bezugnahme auf das Grundbuch erfolgt, so wird durch die Eintragung des Eigentums im Grundbuche der Erwerber Eigentümer des im Grundbuche bezeichneten Grundstücks, vorausgesetzt, daß der Veräußerungs- bezw. Erwerbswille der Kontrahenten darauf gerichtet war. War bei der Auflassung das Grundbuch bereits auf die Steuerbücher zurückgeführt, so ist der Inhalt der letzteren für den Umfang und die Bestandteile des Grundstückes maßgebend, anderenfalles ist aus den im Grundbuche angegebenen Kennzeichen unter Berücksichtigung der thatsächlichen Verhältnisse festzustellen, welches Grundstück Gegenstand der Veräußerung gewesen ist. Ergiebt sich bei der im letzteren Falle angestellten Untersuchung, daß das Grundstück, welches nach Absicht der Auflassungskontrahenten veräußert werden sollte, nicht dasjenige ist, welches auf dem bei der Auflassung bezogenen Grundbuchblatte des Veräußerers verzeichnet steht, sondern daß die Kontrahenten ein anderes für einen anderen Eigentümer eingetragenes Grundstück gemeint haben, so hat der Erwerber auch durch seine Eintragung als Eigentümer auf dem Grundbuchblatte des Veräußerers Eigentum an dem auf dem anderen Blatte verzeichneten Grundstücke nicht erworben, weil dies Grundstück nicht Gegenstand der Auflassung gewesen ist. So soll nach der Behauptung der Kläger die Sache hier liegen. Die Beklagten haben angeblich das Grundstück Bd. 11 S. 803 erwerben wollen, aber die Auflassung des Grundstücks Bd. 5, S. 313 erhalten. Wäre dies richtig, so würden die Kläger mit Recht die Berichtigung des Grundbuches sowie die Zurückgewährung des den Beklagten übergebenen, aber nicht aufgelassenen Grundstücks Bd. 11 S. 803 fordern. Die Beweisaufnahme hat jedoch die Richtigkeit dieser Behauptung nicht ergeben. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der eingetragene Eigentümer W. M. den Beklagten dasselbe Grundstück verkauft, übergeben und aufgelassen hat, das im Grundbuch Bd. 5 S. 313 als Gasthof zum Fasanen nebst Stallung Hof und Garten bezeichnet ist, und daß W. M. und die Beklagten gerade dies Grundstück zum Gegenstand der Veräußerung gemacht haben. Insbesondere ist, weil dies bestritten war, festgestellt, daß der Gasthof nebst Stallung und ein Teil des Hofes auf dem Grundstück errichtet ist, welches W. M. nach Inhalt des Grundbuches laut Vertrages von 1839 von der Pfarre tauschweise erworben hat. Der Eigentumserwerb der Beklagten unterliegt hiernach jedenfalls der Anfechtung nicht, soweit er das Areal des früheren Pfarrackers betrifft; denn damit, daß die Beklagten diesen Teil des Gasthofsgrundstückes von dem nicht allein eingetragenen, sondern wirklichen Eigentümer W. M. erworben haben, ist den strengsten Anforderungen genügt. Auch wollen die Kläger nicht Eigentümer des früheren Pfarrackers sein. Nicht so unbedenklich ist die Entscheidung in Bezug auf die übrigen Teile des Gasthofsgrundstückes, die vom Hofe (Vorplatz) und Garten eingenommen werden. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß diese Teile zu dem von B. gekauften Grundstücke gehören, dessen Besitztitel Bd. 11 S. 803 für W. M. und seine vier Kinder berichtigt war. Hier könnte es sich fragen, ob die Beklagten das Eigentum erworben haben, da sie ihren Erwerb nicht von den wahren Eigentümern W. M. und seinen vier Kindern, sondern von W. M. allein, der in Hinsicht auf das

Miteigentum der vier Kinder als Nichteigentümer anzusehen ist, ableiten. Das Berufungsgericht spricht das Eigentum an diesen Teilen gleichfalls den Beklagten zu, indem es feststellt, daß von der ersten im Jahre 1840 Bd. 5 S. 313 erfolgten Eintragung bereits der ganze Hof und Garten umfaßt wird, namentlich auch die jenigen Teile, die auf dem vormals B.schen Acker liegen, und indem es diesen Erwerb der Beklagten unter den Schutz der Bestimmung des § 9 Abs. 2 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 stellt. Die Revisionskläger (Kläger) werfen dem Berufungsgericht vor, das Urteil des Reichsgerichts im Falle Nr. 2090 nicht berücksichtigt zu haben. Dieser Vorwurf ist unberechtigt, soweit er dies Urteil selbst betrifft. Denn darin wird von dem Satze ausgegangen, daß der Eingetragene nur das mit Rechtswirkung auflassen kann, was als sein Eigentum eingetragen ist, und daß, was dies sei, nur nach dem die Eigentumseintragung des auflassenden Veräußerers selbst beherrschenden Gesetze beurteilt werden kann, also nach den Bestimmuegen der Hypothekenordnung von 1783, falls jene Eigentumseintragung vor dem 1. Oktober 1872 erfolgt ist; und es wird dann ausgesprochen, daß nach der Hypothekenordnung als Bestandteile des eingetragenen Grundstücks immer nur diejenigen haben gelten können und daß nur diejenigen durch die Eintragung des Grundstückes auf dem Titelblatte miteingetragen gewesen sind, die thatsächlich im Augenblicke der Anlage des Hypothekenblattes dazu gehört haben. Hiermit stehen die Ausführungen des Berufungsgerichts im Einklange. Denn das Berufungsgericht beschränkt sich keineswegs darauf, durch Auslegung des Vermerkes im Grundbuche den Umfang und die Bestandteile des Bd. 5 S. 313 eingetragenen Grundstücks festzustellen, sondern es ermittelt alle in der Zeit von Anlegung des Hypothekenbuches im Jahre 1840 bis zur Veräußerung an die Beklagten im Jahre 1875 in Betracht kommenden thatsächlichen Verhältnisse und verschafft sich unter eingehender Berücksichtigung dieser seiner Überzeugung. Aber in jenem Urteile beruft sich das Reichsgericht auf ein anderes Urteil (vom 30. Mai 1885), worin für die Feststellung des Umfanges eines nach älterem Recht eingetragenen Grundstücks den Aufzeichnungen auf dem Titelblatte nur eine informatorische Bedeutung, nicht aber die Wirkung beigelegt wird, „daß dadurch der gute Glaube des Erwerbers an die Richtigkeit des Grundbuches mit der ihm durch § 9 Abs. 2 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 beigelegten rechtserzeugenden und dadurch ältere wohlerworbene Rechte tilgenden Kraft begründet werden könnte". Soll hiermit ausgedrückt sein, daß der Schutz des § 9 Abs. 2 a. a. O. demjenigen ohne Ausnahme zu versagen ist, der ein Grundstück erwirbt, dessen Bezeichnung auf dem Titelblatte vor dem 1. Oktober 1872 vermerkt worden ist, dann verstößt allerdings das Berufungsgericht dagegen. Allein jener Satz kann in solcher Allgemeinheit nicht aufrecht erhalten werden. Selbst bei Anwendung der Vorschriften des A.L.R. bedürfte er einer Einschränkung. Gegen die Ansprüche des wahren Eigentümers ist nach § 8, I. 10 A.L.R. geschützt, wer vor dem 1. Oktober 1872 ein Grundstück im Glauben an die Richtigkeit des Hypothekenbuches von dem als Besitzer eingetragenen Nichteigentümer auf Grund eines gültigen Titels erworben und die Übergabe des Grundstücks erhalten hat. Nr. 2054. Hiermit wäre nicht zu vereinigen, sollte der unter den gleichen Voraussetzungen vollzogene Erwerb eines von der Bezeichnung im Hypothekenbuche mitumfaßten Grundstücks oder Grundstücksteiles den Schutz des § 8 a. a. O. nicht genießen, wenn sich bei näherer Prüfung herausstellt, daß der eingetragene Besitzer nicht der wahre Eigentümer ist. Da durch das Gesetz vom 5. Mai 1872 nicht beabsichtigt ist, den öffentlichen Glauben des Grundbuches gegenüber dem früheren Rechte abzuschwächen, vielmehr die Tendenz vorhanden war, die Wirkung dieses Glaubens zu erhöhen, so ist es nicht gestattet, die Anfechtung eines nach dem 1. Oktober 1872 im Wege der freiwilligen Veräußerung erfolgten Erwerbes durch Ausschließung der Bestimmung des § 9 Abs. 2 E.E.G. zu erleichtern und damit über die Anforderungen des früheren Rechts noch hinauszugehen. Es muß deshalb dem mitgeteilten Ausspruche des Urteils vom 30. Mai 1885 die Beschränkung hinzugefügt werden: wenn jedoch der Veräußerer als Eigentümer

desjenigen Grundstücks im Grundbuche eingetragen war, welches er nach dessen Beschreibung auf dem Titelblatte besaß, und dies Grundstück dem Erwerber, der auf die Richtigkeit des Grundbuches vertraute, verkauft, übergeben und aufgelassen hat, so findet der § 9 Abs. 2 Anwendung und der durch Eintragung des Erwerbers vollzogene Eigentumsübergang kann nicht aus dem Grunde angefochten werden, daß etwa bei weiteren Nachforschungen ermittelt wird, daß der Veräußerer durch den in Rubrik I angegebenen Erwerbstitel das Grundstück nicht in dem Umfange oder in den Bestandteilen erworben habe, wie sich solche aus der Bezeichnung des Grundstücks auf dem Titelblatte und aus dem thatsächlichen Besitzstande ergeben. Dem Berufungsgericht kann sonach nicht ein Rechtsirrtum vorgeworfen werden, wenn es auf Grund der Feststellung, daß das den Beklagten vom eingetragenen Eigentümer W. M. verkaufte, übergebene und aufgelassene Grundstück nach seiner Bezeichnung im Grundbuche die vormals B.schen Grundstücksteile mitumfaßt, daß das Grundstück in diesem Umfange von den Kontrahenten zum Gegenstand der Veräußerung gemacht ist und daß die Beklagten beim Erwerbe keine Kenntnis davon gehabt haben, der Veräußerer W. M. sei seiner Eintragung ungeachtet nicht der wahre Eigentümer der B.schen Teile, zur Unanfechtbarkeit des Eigentums der Beklagten an dem streitigen Grundstücke in seinem vollen Umfange gelangt. Den Beklagten würde allerdings der öffentliche Glaube des Grundbuches nicht zur Seite stehen, wenn die B.schen Grundstücksteile zugleich auf dem Blatte Bd. 11 S. 803 eingetragen wären. Nr. 1796. Das Berufungsgericht hat jedoch diese Voraussetzung durch die Feststellung verneint, daß das B.sche Grundstück, das früher auf dem Blatte Bd. 11 S. 803 als Eigentum des W. M. und seiner vier Kinder verzeichnet war, im Jahre 1859 von diesem Blatte durch den Vermerk verschwunden sei, wonach an Stelle des B.schen Grundstücks durch Separationsregreß vom Jahre 1858 ein anderes unter der Bezeichnung „153 Wertsteile von dem Planstücke Nr. 449^{b}, welches 3 Morgen 22 Ruten hält und in 330 Wertsteilen besteht", ausgewiesen ist. In der Annahme, daß infolge der Eintragung eines anderen Grundstückes an Stelle des bisher verzeichneten das Grundbuchblatt sich nicht mehr über das letztere verhalte, kann ein Rechtsirrtum nicht gefunden werden. Mag immerhin, wie die Revisionskläger meinen, die Berichtigung eines etwa untergelaufenen Irrtums selbst von Amts wegen zulässig gewesen sein, so ist doch allein ausschlaggebend, daß bei der Auflassung an die Beklagten im Jahre 1875 das Grundbuchblatt Bd. 11 S. 803 das B.sche Grundstück nicht mehr als Eigentum des W. M. und seiner vier Kinder aufwies und daß die Beklagten diesen Zustand aus Unkenntnis der wahren Sachlage für richtig hielten.

Nr. 1751. III. Hilfs-Sen. 23. Mai 1880. V$^{b.}$ 188. 79. Bd. 2, Nr. 64, S. 228.

Anfechtung des Bucheigentums. (Preuß. R.). Die Eheleute B. verkauften an den Kläger mittels Vertrages vom Mai 1876 ihr „Haus" ohne Erwähnung der Landfläche von 22 Morgen, die zu ihrem Hause nach dem Grundbuche als Zubehör gehörte, und ohne daß die Kontrahenten deren Mitübertragung beabsichtigten. Nach Auflassung des „verkauften Grundstückes" trug der Grundbuchrichter den Kläger als Eigentümer des Hauses und der Landfläche ein. Dieser kaufte von den Eheleuten B. mittels Kontrakts vom Jahre 1878 nachträglich auch die Landfläche. Im Besitze der letzteren sind die Beklagten (Eheleute), nachdem der beklagte Ehemann die Landfläche im Jahre 1877 von den Eheleuten B. mündlich gekauft und übergeben erhalten hat. Die Vindikation des Klägers ist für begründet erachtet. Ob wegen des Irrtums der Beteiligten bei der Auflassung der Kaufvertrag und die Auflassung nichtig oder anfechtbar sei, kann unerörtert bleiben, weil daraus die Richtigkeit der Eintragung, auf die es allein ankommt, noch nicht folgen würde. Die Auflassung ist zwar im Falle des § 1 des Eigentumsgesetzes vom 5. Mai 1872 die Voraussetzung, ohne die der Grundbuchrichter die Eigentumseintragung nicht verfügen darf. Ist aber die Eintragung dennoch ordnungsmäßig und formgerecht erfolgt, so besteht sie an sich zu Recht, und es fragt

sich in diesem Falle nur, ob sie nicht wegen Mangels der Voraussetzung angefochten und infolgedessen wieder aufgehoben werden kann. Die Anfechtung der Eintragung des Eigentumsüberganges unterliegt nun aber nach § 9 des Eigentumsgesetzes den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Sie steht daher nur demjenigen zu, welcher ein persönliches oder dingliches Anfechtungsrecht hat und muß danach entweder den Charakter einer persönlichen Klage (z. B. der Kondiktion oder des Paulianischen Rechtsmittels) oder den einer Vindikation des wahren Eigentümers haben. Dagegen kann der bloße Besitzer eines Grundstückes, welcher dem Bucheigentümer weder ein persönliches Recht noch sein wahres Eigentum entgegenzusetzen vermag, die Eintragung desselben nicht anfechten, wennschon er thatsächlich (nicht aber rechtlich) bei deren Beseitigung ebenfalls interessiert ist Auch ändert dabei die Redlichkeit des Besitzes nichts. Ob ein auf einen gültigen Eigentumstitel gestützter Besitz in dieser Beziehung von Erheblichkeit wäre, bedarf hier keiner Erörterung, da sich aus den Anführungen der Beklagten nicht ergiebt, daß ihnen ein solcher Titel zur Seite steht. Nr. 2077. Nr. 1753.

Nr. 1752. V. Sen. 19. November 1887. V. 207. 87. Bd. 20, Nr. 51, S. 225.

Anfechtbarkeit der Eintragung des Eigentumsüberganges wegen Irrtums seitens eines Dritten. (Preuß. R.). Die Auflassung wird wie jeder andere Vertrag beherrscht durch den Willen der Kontrahenten, ebenso die auf Grund derselben erfolgte Eintragung des Eigentumsüberganges. Dieser aus der rechtlichen Natur des Vertrages folgende Grundsatz hat Anerkennung in § 9 Abs. 1 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 gefunden. Modifikationen dieses Grundsatzes treten nur ein, wenn sich eine Kollision ergiebt mit dem anderen Rechtsgrundsatze, welcher beim entgeltlichen Erwerbe im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuches dessen Übereinstimmung mit der Wirklichkeit als Fiktion aufgestellt. Diese Fiktion steht auch dem zur Seite, welcher solcherart erworben hat von einem auf Grund des älteren Rechts eingetragenen Eigentümer. Nr. 1784. Der Kläger hatte die streitige Grundfläche zu der Zeit, als der Beklagte von T. sein Grundstück unter einer Bezeichnung, die die streitige Grundfläche mitumfaßte, durch Kauf und Auflassung erwarb, als Eigentümer durch Ersitzung erworben und hat den Besitz auch fortgesetzt. Er behauptet unter Beweisantretung, die streitige Grundfläche sei nur durch einen bei der Katastrierung vorgekommenen Irrtum mit dem vom Beklagten gekauften Grundstück zusammengeschrieben gewesen. Der Beklagte und sein Verkäufer T. seien vielmehr der Meinung gewesen, unter der gebrauchten Bezeichnung sei nur die im Eigentum und Besitz des T. befindliche und dem Beklagten übergebene Fläche verstanden; nur diese habe nach dem Willen der Kontrahenten den Gegenstand des Kaufes und der Auflassung bilden sollen. Der Kläger kann sich nun zwar nicht darauf stützen, daß T. seine Eintragung als Eigentümer nicht auf Grund einer Auflassung erhalten hatte. Aber der Beklagte kann sich, wenn die Behauptung des Klägers richtig ist, auf seinen guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuches überhaupt nicht berufen. Er hat nicht geglaubt, daß T. Eigentümer der streitigen Fläche sei, daß diese von der auf dem Grundbuchblatte enthaltenen Katasterbezeichnung befaßt werde; er hat auch nicht erwerben wollen, was diese Bezeichnung in Wirklichkeit enthielt, sondern nur das, was er und sein Verkäufer T. darunter verstanden haben; er hat auch das erhalten, worauf sein Erwerbungswille gerichtet war. Im vorliegenden Falle handelt es sich nun zwar nicht um eine Anfechtung des Eigentumsüberganges von seiten eines der Kontrahenten des Auflassungsvertrages, sondern um die eines Dritten, welcher zur Zeit der Auflassung Eigentümer des Streitstückes war. Die Legitimation des Klägers folgt aber aus dem Eingriffe in sein Eigentum (durch die Eintragung auf den Namen des Beklagten). Dies Eigentum ist, unter den obigen Voraussetzungen, bei dem Kläger verblieben (§ 101 Einl. A.L.R.), und es handelt sich nur um die dem wirklichen Rechte des Beklagten unschädliche Berichtigung einer irrtümlichen Bezeichnung.

Die Auflassung und die derselben entsprechende Eintragung des Eigentumsüberganges kann nicht bloß, wenn es sich um ein Scheingeschäft handelt, auch von einem außerhalb des Vertrages stehenden Dritten, dessen Recht durch den Eigentumsübergang verletzt wird, angefochten werden, sondern auch dann, wenn es an einem Willen, zu veräußern und zu erwerben, überhaupt gefehlt hat und nichts weiter vorliegt, als die aus der nachträglich erlangten Kenntnis von der Unrichtigkeit der Bezeichnung des Erworbenen entsprungene Absicht, sich diese Unrichtigkeit auf Kosten eines Anderen zu nutze zu machen. Es kommt deshalb auf die obige bestrittene Behauptung des Klägers an. Nr. 1753.

Nr. 1753. V. Sen. 17. Oktober 1891. V. 148. 91. Bd. 28, Nr. 67, S. 307.

Auflassung eines Grundstückes, dessen Bestandteile auf dem Titelblatte des Grundbuches unrichtig angegeben sind. §§ 2, 7 Abs. 2; 9 E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Das Eigentumserwerbsgesetz (§ 1) knüpft den Eigentumserwerb im Falle einer freiwilligen Veräußerung, der hier in Frage steht, nicht an die nackte Thatsache der Eintragung im Grundbuche, sondern an die „auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigentumsüberganges". Die Eintragung ist also an die Voraussetzung einer Auflassung gebunden, und daraus ergiebt sich, daß ihre rechtliche Wirksamkeit von der der Auflassung abhängig ist, daß sie, wie überhaupt zufolge § 9 E.E.G. nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, so auch wegen Fehlens oder wegen eines Fehlers in dieser ihrer Voraussetzung angefochten werden kann. Nr. 1752. Im vorliegenden Falle ist der Kläger seit 1883 eingetragener Eigentümer des Grundstücks Nr. 36, dessen Größe auf dem Titelblatte auf 2 ha 14 a 70 qm angegeben ist. Diese Angabe beruht auf einem bei der Zurückführung des Grundbuches auf das Kataster im Jahre 1875 vorgefallenen Irrtum, indem damals die Parzelle Nr. 86 der Gemarkungskarte, groß 2 ha 14 a 70 qm, mit einer nur 88 Quadratruten großen Parzelle, die bis dahin die Grundbuchnummer 36 getragen hatte und den Besitzvorgängern des Klägers gehörte, verwechselt wurde. Wie die größere so gehörte auch die kleinere Parzelle zu dem Grundstück Nr. 3, von dem die letztere (die von 88 Quadratruten) im Jahre 1844 abverkauft und im Jahre 1843 unter Anlegung des neuen Hypothekenbuchblattes Nr. 36 abgeschrieben worden ist, während die Nr. 86 der Gemarkungskarte (die Parzelle von 2 ha 14 a 70 qm) immer im Besitze der Eigentümer des Grundstücks Nr. 3, jetzt des Beklagten, verblieben, jedoch bei der Zurückführung des Grundbuches auf das Kataster nicht als zu demselben gehörig im Grundbuche aufgeführt worden ist, vielmehr seitdem als Bestand der Nr. 36 im Grundbuche verzeichnet steht. Die 88 Quadratruten, die ursprünglich den Bestand der Grundbuchnummer 36 bildeten, sind dagegen jetzt in dem grundbuchmäßigen Bestande der Nr. 3 enthalten und werden gleichfalls vom Beklagten besessen. Eingetragener Eigentümer der Nr. 3 ist seit 1880 der Beklagte. Der Kläger, der die Nr. 3 in gutem Glauben an deren grundbuchmäßigen Bestand durch Auflassung erworben haben will, fordert die Herausgabe dieses Bestandes. Der Beklagte behauptet dagegen, daß der Kläger bei der Auflassung um die Verwechselung gewußt habe; zugleich behauptet er, daß bei der Auflassung beide Teile nur die Auflassung des ursprünglichen Bestandes der Nr. 36 beabsichtigt haben, und bestreitet, daß der Kläger die Nr. 36 gegen Entgelt erworben habe. Er beantragt widerklagend, der Kläger solle anerkennen, daß der jetzige grundbuchmäßige Bestand der Nr. 36 einen Bestandteil der Nr. 3 bilde, und er solle ferner diese Parzelle schulden- und lastenfrei an den Beklagten auflassen. Die Klage ist vom Berufungsrichter mit Recht abgewiesen. Nach seiner Feststellung fehlt es an einer Auflassung für den Kläger. Es ist zwar eine solche erklärt, aber erklärt bezüglich eines anderen Grundstückes, als gewollt wurde, und diese Erklärung galt nicht, weil ihr der Wille fehlte. Der Erklärung gemäß ist zwar die Eintragung im Grundbuche vollzogen, aber auch diese Eintragung galt nicht, weil ihr keine gültige Auflassung zu Grunde lag.

Auflassung wie Eintragung waren nichtig. Diese Nichtigkeit konnte auch von dem jetzigen Beklagten geltend gemacht werden. Allerdings berechtigte die einmal erfolgte Eintragung des Klägers als Eigentümer der auf dem Grundbuchblatte Nr. 36 verzeichneten Ländereien den Kläger zunächst, alle Klagrechte des Eigentümers auszuüben (§ 7 E.E.G.); aber dadurch ist die Verteidigung des Beklagten gegen die Klage nicht weiter beschränkt worden, als dies in § 7 a. a. O. ausdrücklich angeordnet ist, nämlich nicht weiter, als daß er die Einrede der Verjährung und Einreden aus dem ihm vom Rechtsvorgänger des Klägers eingeräumten Eigentumsbesitze nicht erheben darf. Wohl aber darf er geltend machen, daß der Kläger selbst nicht Eigentümer geworden ist. Dadurch setzt der Beklagte dem Bucheigentum des Klägers nicht eine auf seiner Seite vermeintlich vorhandene dem materiellen Eigentumsrechte entnommene Berechtigung gegenüber, was der § 7 ausschließen wollte, sondern er bestreitet das Bucheigentum des Klägers und damit dessen aus dem § 7 abgeleitete Klagberechtigung. Diese Verteidigung kann keinem Beklagten verschränkt werden, da die erste Voraussetzung jeder Klage die ist, daß dem Kläger selbst das Recht zusteht, das er klagend verfolgt. Die in § 7 dem eingetragenen Eigentümer als solchem verliehene Klagberechtigung entbindet ihn nur von der sonst mit der Klägerrolle verbundenen Beweispflicht in betreff der Aktivlegitimation und wälzt diese dem Beklagten zu, aber dieser Beweispflicht des Beklagten ist hier nach der thatsächlichen Feststellung des Berufungsrichters genügt. Zwar ist in dieser Frage in dem Falle Nr. 1751 anders, nämlich dahin entschieden, daß die Beseitigung des Bucheigentums nur mittels besonderer Anfechtung im Wege der Klage oder der Einrede, und zwar auf Grund eines von dem Anfechtenden nachzuweisenden besonderen r e c h t l i c h e n Interesses desselben an der Beseitigung des Bucheigentums erfolgen könne, wozu der bloße Besitz des streitigen Grundstückes nicht ausreiche. Diese Entscheidung fußt aber auf der Ansicht, einmal, daß die bloße Thatsache der Eintragung, gleichviel wie die Auflassung beschaffen war, den Übergang des Eigentums bewirke, und zweitens, daß die in § 9 E.E.G. nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts gestattete Anfechtung der Eintragung ein (persönliches oder dingliches) Anfechtungs-r e c h t zur Voraussetzung habe. Diese Gründe können nach dem Vorstehenden nicht für zutreffend erachtet werden. Nr. 1752. Im übrigen handelt es sich hier nicht um die Frage, ob der vom Eigentümer belangte dritte Besitzer des Grundstücks eine lediglich in der Person des früheren Eigentümers begründete, dem Beklagten aber nicht abgetretene A n f e c h t u n g s einrede vorzuschützen berechtigt sei, sondern um die Geltendmachung einer N i c h t i g k e i t des Auflassungs- und Eintragungsaktes, von der auch in der Entscheidung im Falle Nr. 1751 im übrigen anerkannt wird, daß sie von Jedem geltend gemacht werden könne, gegen den daraus Ansprüche erhoben werden. Dagegen ist die Verurteilung des Klägers auf die Widerklage nicht begründet. Der Berufungsrichter erkennt an, daß ein Grundstück, das ein eigenes Blatt im Grundbuche hat, nicht stillschweigend zugleich mit einem anderen Grundstücke durch Auflassung des letzteren in das Eigentum eines Anderen übergehen kann. Nr. 1754. Nr. 3790. In seiner weiteren Ausführung ist richtig, daß durch die bloße Verwechselung in der Titelblattausfüllung bei Zurückführung des Grundbuches auf das Kataster die Eigentumsverhältnisse keine Änderung erleiden konnten, daß diese Wirkung vielmehr erst eintrat, wenn ein Dritter durch Auflassung im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuches das Eigentum an der Nr. 36 erwarb und nun als gutgläubiger Besitzer gegen die Vindikation des früheren Eigentümers der fälschlich auf Nr. 36 eingeschriebenen Landflächen sowie gegen dessen Antrag auf Berichtigung des Grundbuches geschützt war (§§ 7 Abs. 1, 9 Abs. 2 E.E.G.). Wenn nun aber der Berufungsrichter feststellen konnte und feststellte, daß dem Kläger bei der Auflassung der Nr. 36 dieser gute Glaube an die Richtigkeit des Grundbuches n i c h t beigewohnt hat, so folgte daraus zwar, daß a u f i h n das Eigentum des nur versehentlich auf diesem Grundbuchblatt verzeichneten Landes nicht übergegangen ist, aber nicht läßt sich daraus folgern, daß dies Land durch die Eintragung

des Beklagten als Eigentümers der Nr. 3 Eigentum des Beklagten geworden sei. Vielmehr verblieb das streitige Land, weil durch die Verwechselung bei Zurückführung des Grundbuches auf das Kataster keine Eigentumsveränderung bewirkt wurde, da, wo es war, also es blieb Eigentum des damaligen Eigentümers. Freilich war dieser zugleich Eigentümer der bei der Zurückführung auf das Kataster auf Nr. 3 des Grundbuchs eingetragenen Grundstücke, und es mag auch das verwechselte, jetzt auf Nr. 36 verzeichnete Landstück damals Zubehör oder Bestandteil des auf Nr. 3 verzeichneten Landes gewesen sein, wie der Berufungsrichter annimmt; aber grundbuchmäßiges Zubehör oder Bestandteil der Nr. 3 des Grundbuches ist dasselbe nicht geworden und konnte es nicht werden, eben weil es ein eigenes Grundbuchblatt besaß. Daraus folgt, daß das streitige Landstück an den ferneren grundbuchmäßigen Schicksalen der Nr. 3 nicht teilnahm, also auch nicht durch Auflassung und Umschreibung der Nr. 3 den Eigentümer wechselte. Nur auf seine Auflassung und Eintragung auf Nr. 3 des Grundbuches hat aber der Beklagte sich zur Begründung seiner Widerklage, mit der er sein Eigentumsrecht an der Streitfläche verfolgt, berufen; er hat auch nicht etwa Thatsachen angeführt, aus denen sich ein Recht für ihn ableiten ließe, einen aus der Person des jetzigen wirklichen Eigentümers abgeleiteteten Anspruch auf die Forderungen der Widerklage gegen den Kläger geltend zu machen.

Nr. 1754. V. Sen. 10. Februar 1886. V. 250. 85. Bd. 15, Nr. 57, S. 249.

Rechtliche Folgen der thatsächlichen Verbindung von Grundstücken zu einem untrennbaren Ganzen, welche auf verschiedenen Grundbuchblättern eingetragen und verschieden mit Hypotheken belastet sind. (Preuß. R.). Ein Grundstück, welches ein eigenes Blatt im Grundbuche hat, kann nicht ohne Bezeichnung desselben stillschweigend zugleich mit einem anderen Grundstücke durch Adjudikation oder Auflassung des letzteren in das Eigentum eines Anderen übergehen. Dieser Grundsatz ist die notwendige Konsequenz der Grundbucheinrichtung und der sie beherrschenden Prinzipien der Publizität und Spezialität. Für die Auflassung ist schon allein der § 2 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 entscheidend, wonach nur der eingetragene Eigentümer diese erklären kann. Nach der Feststellung des Berufungsrichters sind die beiden Grundstücke a und b durch die Art ihrer Bebauung und die Beschaffenheit des Gebändes so miteinander verbunden, daß sie zusammen und mit diesem ein einheitliches Ganzes darstellen, welches nicht nach bestimmten Linien, also auch nicht nach der katastermäßigen Grenze der Grundstücke geteilt werden kann. Nach § 30 des cit. Gesetzes werden dem Pfandrechte der eingetragenen Gläubiger auch die Gebäude unterworfen, die nachträglich auf dem verpfändeten Grundstücke errichtet werden und dem Eigentümer gehören. Durch die von dem Eigentümer bewirkte Bebauung von zwei auf verschiedenen Grundbuchblättern eingetragenen und verschieden verpfändeten Grundstücken mit einem seiner Bestimmung und Beschaffenheit nach nicht teilbaren Gebäude gelangen die Gläubiger des einen und des anderen Grundstückes durch eine von ihrem Willen unabhängige Handlung in eine zufällige Gemeinschaft. Die beiden Pfandstücke haben zwar im Grundbuche ihre Selbständigkeit behalten, aber in Wirklichkeit existieren sie nicht mehr als individuelle Vermögensobjekte, weil sie Substanzteile eines neuentstandenen Ganzen geworden sind. Dieser Umstand tritt hindernd in den Weg, sobald ein Gläubiger sein nur auf einem der beiden Grundstücke eingetragenes Pfandrecht realisieren will, er kann das einzelne Grundstück nicht zum Verkauf bringen, ehe die Gemeinschaft mit den Gläubigern des anderen Grundstückes gelöst ist entweder so, daß beide Grundstücke zusammen veräußert, oder so, daß nach Maßgabe der gegebenen Wertsfaktoren das bisherige Pfandrecht an dem Einzelgrundstücke umgesetzt wird in ein Pfandrecht an einem Idealanteile an den verbundenen beiden Grundstücken. Eine solche Auseinandersetzung hat vor und bei der Subhastation von a nicht stattgefunden, die Verbindung der Grundstücke a und b ist nicht gelöst worden; sie besteht auch jetzt noch fort; die Subhastation hat auf den Zu-

stand, wie er als realer vorher bestand, keinen Einfluß gehabt. Was für die Gläubiger galt, solange die Grundstücke noch in einer Hand waren, muß mit dem durch den Zuschlag teilweise bewirkten Wechsel im Eigentum auch gelten für die Eigentümer. Durch die nach Maßgabe des Grundbuches ohne Rücksicht auf die realen Verhältnisse erfolgte Veräußerung von a wurde der Ersteher in eine zufällige Gemeinschaft mit dem Eigentümer von b gedrängt, die, wenn man sie auch als eine bloß thatsächliche auffaßt, doch die rechtliche Wirkung hat, daß sie die volle Disposition des Eigentümers über das für ihn eingetragene Grundstück unmöglich macht. Von diesem Gesichtspunkt aus konnte die Vindikation des Klägers nicht als statthaft erscheinen; wenn er auch das Eigentum von b nicht verloren hat, so kann er doch vom Beklagten nicht verlangen, daß er dies Grundstück räume; denn die Räumung ist als etwas Thatsächliches nur möglich in Bezug auf ein Grundstück mit nicht bloß buchmäßiger, sondern realer Individualität. Die zwischen den Parteien bestehende Gemeinschaft kann in Mangel gütlicher Einigung nur im Wege der Teilungsklage gelöst werden. Nr. 3790. Nr. 1753.

Nr. 1755. III. Sen. 12. Oktober 1880. III. 206. 80. Bd. 2, Nr. 90, S. 345.

Anfechtung der steueramtlichen Vermessung. § 38 des Gesetzes über das Grundbuchwesen in dem Bezirke des Appellationsgerichts in Kassel vom 29. Mai 1873. (Preuß. R.). Zur Anfechtung der Ergebnisse der neuen steueramtlichen Vermessungen ist erforderlich, daß die Berichtigungsklage innerhalb der vom Grundbuchamt gesetzten Frist erhoben (bei Gericht eingereicht, nicht auch schon behändigt) und daß diese rechtzeitig erfolgte Anfechtung durch eine ebenfalls innerhalb dieser Frist bewirkte Vormerkung im Grundbuche gewahrt ist.

Nr. 1756. I. Hilfs-Sen. 23. November 1880. IVa. 117. 80. Bd. 3, Nr. 74, S. 261.

Recht zur Sache. § 15 des Gesetzes über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). So wie der § 4 des cit. Gesetzes dem Eigentumserwerbe zur Seite steht, so der § 15 das. dem Erwerbe des dinglichen Rechts. Voraussetzung seiner Anwendbarkeit aber ist der Widerstreit eines durch Eintragung noch zu erwerbenden dinglichen Rechts am Grundstücke mit einem anderen bereits eingetragenen dinglichen Rechte am Grundstücke. Im vorliegenden Falle handelt es sich jedoch für den Kläger überall nicht um ein Recht am Grundstücke, sondern um ein Recht an einer Hypothekenforderung. Für die Anwendung des § 15 ist also kein Raum vorhanden. Die Entscheidung der Frage, ob im vorliegenden Falle das vom Kläger erworbene Recht von Bedeutung sei, ist nach den Vorschriften des A.L.R. zu treffen. Der Kläger hat ein Pfandrecht an der fraglichen Hypothekenforderung ohne Aushändigung des Hypothekeninstruments selbst oder eines Zweigdokuments nicht erwerben können. Das A.L.R. verlangt, so, wie es beim Faustpfande eine bleibende Manifestation im Besitze der Sache auf seiten des Pfandgläubigers erheischt, beim Forderungspfande, daß es in einem Analogon des Sachbesitzers, nämlich in der Aushändigung der Schuldurkunde, in die Erscheinung trete und Anderen erkennbar werde (§ 281, I. 20 A.L.R.). Dies gilt nach § 515 das. auch von der Verpfändung einer eingetragenen Hypothek. Es kann also für den Kläger nur ein Pfandtitel, also ein Recht zur Sache in Frage kommen. Ein Recht zur Sache kann zwar auch bei ungleichartigen Rechten wirksam werden. Aber ein Kollisionsfall, auf den die §§ 5, I. 19 und 25, I. 10 A.L.R. anzuwenden sind, liegt dann nicht vor, wenn der Erwerber einer Sache den früher entstandenen Pfandtitel eines Dritten gekannt hat, der Erwerber der Sache braucht also den bloßen Pfandtitel eines Dritten nicht zu respektieren. Nr. 2000. Nr. 3940.

Nr. 1757. V. Sen. 1. Februar 1888. V. 286. 87. Bd. 20, Nr. 63, S. 274.

Erklärung und Ergänzung der Belastungen der zweiten Abteilung des Grundbuches aus dem im Eintragungsvermerk in Bezug genommenen Titel. (Preuß. R.).

Nach dem älteren, vor der Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 in Geltung gewesenen Rechte ist, obwohl eine ausdrückliche Bestimmung über die Art und Weise der in der II. Rubrik vorzunehmenden Eintragungen fehlte, in der Praxis die Auffassung maßgebend gewesen, daß das unter Bezugnahme auf den Titel eingetragene Recht in seinem nach dem materiellen Rechte gemäß des Titels festzustellenden Bestande durch die Eintragung auch gegen Dritte gesichert werde und daß bei entstehendem Streite nicht ausschließlich nach dem Eintragungsvermerk in seiner beschränkteren Wortfassung, sondern durch entsprechende Interpretation des Titels festzustellen sei. Durch die Hypothekennovelle ist hieran nichts geändert. Die Anordnung in § 2 der Novelle bezüglich der Eintragung von Altenteilen sollte keine Ausnahme bilden. Art. 3 der Instruktion vom 3. August 1853 zieht die Folgerung, daß überall eine ähnliche abgekürzte Eintragung wie bei Altenteilen eintreten soll, wo die Eintragung aller einzelnen Leistungen eine unnütze Füllung der Hypothekenbücher zur Folge haben würde. Auch in den Grundbuchgesetzen von 1872 fehlt eine allgemeine Bestimmung über die Art und Weise der Eintragung der dinglichen Rechte und eine ausdrückliche Vorschrift dahin, daß eine Bezugnahme auf den Titel im Eintragungsvermerke nicht zulässig sein soll. Die Anweisungen, welche in den §§ 76, 77 der G.B.O. vom 5. Mai 1872 bezüglich der Eintragung der Altenteile und der Rentepflichtigkeit gegeben sind, enthalten keine Neuerungen, sie stellen keine Ausnahmevorschriften im Gegensatze zum früheren Rechte dar. Der § 13 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 steht der Annahme nicht entgegen, daß den Neben- und Einzelbestimmungen und dem Interpretationsmateriale, welches sich im Titel vorfindet und dessen Bedeutung für den Streitfall sich vorher kaum übersehen läßt, durch die Bezugnahme auf den Titel im Eintragungsvermerke Wirkung auch gegen Dritte verliehen wird. Es ist der Ansicht beizupflichten, daß analoge Anwendung des § 76 der G.B.O. auf verwandte Rechtsgeschäfte nicht ausgeschlossen ist, weil sich die Vorzüge und Vollständigkeit der Vermerke (in Abt. II) ohne Gefährdung des materiellen Rechts in anderer Weise nicht vereinigen lassen. Hieraus folgt, daß, da im vorliegenden Falle in der Eintragung Abt. II. Nr. 3 eine bestimmte Bezeichnung des Rechtes und der Berechtigten anzutreffen ist, bezüglich der Modalitäten der Ausübung des Rechtes und der Ausübung bezüglich der Interpretation des letzteren die Bestimmung des betreffenden Kontraktes auch gegenüber dem Beklagten maßgebend sind, obwohl dieser weder infolge seiner unmittelbaren Beteiligung als Kontrahent noch als Universalsuccessor der verpflichteten Kontrahenten obligatorisch gebunden ist, den Inhalt der ihn persönlich nicht verpflichtenden Urkunde gegen sich gelten zu lassen.

Nr. 1758. II. Hilfs-Sen. 15. März 1880. V^a. 123. 79. Bd. 1, Nr. 138, S. 386.

Subhastationsvermerk. (Preuß. R.). Der nach den §§ 9, 10 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 einzutragende Sperrvermerk hat nur die Bedeutung, daß der Subhastat verhindert werden soll, noch nach der Einleitung der Subhastation zum Nachteile der in § 9 a. a. O. erwähnten Beteiligten Veränderungen mit dem Grundstücke vorzunehmen.

Nr. 1759. II. Hilfs-Sen. 30. Juni 1881. V^a. 732. 80. Bd. 5, Nr. 79, S. 288.

Wiedereintragung im Grundbuch gelöschter Posten. §§ 118, 73 G.B.O. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Das Recht, dessen Wiedereintragung hier verlangt wird, bestand für den Besitzer der Stelle Nr. 1 darin, von dem Besitzer der Stelle Nr. 1^a zu verlangen, daß dieser die Kirchen- und Schulabgaben, Dorf- und Kommunalabgaben des früher ungeteilten Grundstückes Nr. 1 trage. Es war rechtsgültig durch Vertrag im Jahre 1842 als ein objektiv und subjektiv dingliches Recht begründet (§ 125, 126, I. 2 A.L.R.). Auch ohne Eintragung hat es nach der früheren Gesetzgebung von dem Besitzer von Nr. 1^a respektiert werden müssen, wenn er es zur Zeit der Erwerbung gekannt hat (§§ 4, 5, I. 19 A.L.R.). Daß die Eintragung eines derartigen Rechts

nach der früheren Gesetzgebung gefordert werden konnte, ergeben die §§ 47, 49, Tit. 1 und der § 109 Tit. 2 der Hypothekenordnung, und es konnte auch die Wiedereintragung einer zu Ungebühr erfolgten Löschung der Posten gefordert werden, denn der Gläubiger verlor durch eine solche Löschung nicht seinen Eintragungstitel, § 526, I. 20 A.L.R. Nach § 118 der G.B.O. vom 5. Mai 1872 können die Beklagten der Wiedereintragung nur widersprechen, wenn sie die nach der Löschung erlangten Rechte am Grundstücke im redlichen Glauben erworben haben; sie mußten also in dem Glauben gestanden haben, daß das Grundstück von der Last frei sei, und weder gewußt haben, daß das Grundstück Nr. 1ª für die gelöschte Post haftet, noch daß die Löschung aus Versehen des Grundbuchrichters erfolgt ist. Der § 73 der G.B.O. ist nicht geeignet, einen Einfluß auf die Anwendung des § 118 das. auszuüben.

Nr. 1760. II. Hilfs-Sen. 5. Januar 1882. Vª. 270. 81. Bd. 6, Nr. 80, S. 292.

Amortisationsrente. Dinglichkeit. Eintragung. (Preuß. R.). Die Dinglichkeit der Amortisationsrente ist nach § 18 des Rentenbankgesetzes vom 2. März 1850 von deren Eintragung nicht abhängig. Der Umstand, daß es eine auf privatrechtlichem Titel beruhende und daher der Eintragung bedürftig gewesene thatsächlich auch eingetragene Last war, an deren Stelle die hier fragliche Amortisationsrente getreten ist, steht nicht entgegen. Es ist in dieser Beziehung im Gesetz kein Unterschied gemacht. Mit der die Eintragung des Vermerkes der Rentenpflicht'gkeit anordnenden Bestimmung hat der Gesetzgeber lediglich eine Instruktion erteilen wollen, deren Nichtbefolgung indessen keine materiellen Rechtsnachteile für die berechtigte Rentenbank nach sich ziehen soll.

Nr. 1761. V. Sen. 7. Dezember 1888. V. 224. 88. Bd. 22, Nr. 65, S. 335.

Wiederaufleben von dinglichen Rechten, die wegen unterbliebener Eintragung gegen Dritte nicht geltend gemacht werden können, bei Rückkehr des Grundstücks in das Eigentum des dinglich verpflichtet Gewesenen. § 73 der G.B.O. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Das Fischereirecht der Kläger ist keine Grundgerechtigkeit, sondern ein subjektiv-persönliches Recht. Demnach bedurfte das Fischereirecht, wenngleich es schon vor Emanation der Gesetze vom 5. Mai 1872 zu Recht bestand, zur Erhaltung seiner Wirksamkeit *gegen Dritte* nach § 73 G.B.O. der Eintragung bis zum 1. Oktober 1873. Nr. 1935. Diese Eintragung *bei dem belasteten Grundstücke* ist nicht erfolgt und kann dadurch, daß die Fischereiberechtigung als selbständige Gerechtigkeit auf einem besonderen Grundbuchblatte eingetragen worden ist, nicht ersetzt werden. Denn damit hört die Berechtigung nicht auf, ein dingliches Recht an *fremdem* Grundstücke zu sein, und nur durch die Eintragung bei diesem wird der Zweck des § 73 G.B.O. wie des § 12 des E.E.G., das Bestehen des Rechts dem Erwerber des belasteten Grundstückes erkennbar zu machen, erreicht. — Der § 73 G.B.O. läßt allerdings als Folge der bis zum 1. Oktober 1873 unterbliebenen Eintragung nicht den sofortigen Untergang des bis dahin rechtsgültig bestehenden dinglichen Rechts eintreten. Das dingliche Recht behält vielmehr seine volle Wirkung, solange das belastete Grundstück nicht in den Besitz eines „Dritten" gelangt. Der bisherige Eigentümer, der dies auch nach dem 1. Oktober 1873 *bleibt*, muß es auch ferner gegen sich gelten lassen, selbst dessen Eintragung auch noch zu einer späteren Zeit gestatten, und dasselbe gilt von den Erben des bisherigen Eigentümers sowie von demjenigen Miterben, der das Grundstück durch Auseinandersetzung mit den übrigen Erben erwirbt, wie nicht minder von demjenigen Käufer des Grundstücks, welcher die bestehende dingliche Last dem Berechtigten gegenüber vertragsmäßig übernimmt. Anders aber, wenn das Grundstück nach dem 1. Oktober 1873 einmal auf eine bis dahin außerhalb des Rechtsverhältnisses stehende auch nicht durch Erbgang oder vertragliche Übernahme in dasselbe eingetretene Person, einen Dritten im Sinne des Gesetzes, übergegangen ist. Aus dem Begriffe des dinglichen Rechts (§ 126, I. 2 A.L.R.) folgt von selbst, daß der *frühere* Be-

sitzer, dessen dingliche Verpflichtung eben nur auf dem Besitze des Grundstückes beruhte, durch die Veräußerung von der dinglichen Last frei wird, daß die Last nicht etwa in seiner Person bis dahin, daß er einmal künftig das Grundstück wieder erwerben möge, ohne äußere Wirkungen fortbesteht; es ist somit bei ihm aus der dinglichen Last nichts übrig geblieben, das bei einem solchen Wiedererwerbe wieder aufleben könnte. Das dingliche Recht muß daher, sobald das Grundstück nach dem 1. Oktober 1873 Eigentum eines Dritten geworden ist, als vollständig untergegangen angesehen werden. Der vorliegende Fall, daß das vor dem 1. Oktober 1873 dinglich belastete Grundstück nach diesem Termine von einem Erwerber, der die Belastung gegen sich nicht gelten zu lassen braucht, in das Eigentum eines früheren Besitzers zurückkehrt, liegt rechtlich vollständig gleich mit dem anderen Falle, daß derjenige, welcher das Grundstück zunächst durch Singularsuccession („als Dritter") und deshalb unbelastet erwarb, späterhin Universalsuccessor des Veräußerers wird. Auch in diesem Falle erlangt das dingliche Recht seine Wirkung gegen den Erwerber durch die nachträglich eintretende Universalsuccession nicht wieder.

Nr. 1762. V. Sen. 4. Juli 1891. V. 94. 91. Bd. 28, Nr. 53, S. 234.

Anwendbarkeit des § 38 Abs. 2 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 auf wiederkehrende Geldleistungen (Renten), die als solche im Grundbuche eingetragen sind. (Preuß. R.). Der § 38 gehört zu denjenigen Bestimmungen im Eigentumserwerbsgesetze vom 5. Mai 1872, wodurch im Interesse der größeren Sicherheit des Grundbuchverkehres der im § 101 Einl. A.L.R. enthaltene allgemeine Satz des bürgerlichen Rechts: „Niemand kann dem Anderen mehr Rechte übertragen, als er selbst besitzt" durchbrochen wird (vergl. §§ 9 Abs. 2, 49 E.E.G.). Danach können Einreden, die der Grundschuld oder der Hypothek anhaften, dem dritten Erwerber (auch dem, der zum Zwecke der Beitreibung einer ihm gegen den eingetragenen Gläubiger zustehenden vollstreckbaren Forderung pfänden und sich zur Einziehung überweisen läßt) nur unter besonderen Voraussetzungen entgegengesetzt werden. Eine gleiche oder ähnliche Vorschrift, wie hier für die Hypothek und die Grundschuld, ist für die übrigen dinglichen Rechte in den §§ 12—17 E.E.G. nicht gegeben, weil sie nicht für den Verkehr bestimmt sind. Die Anwendbarkeit des § 38 a. a. O. auf das streitige Recht ist hiernach davon abhängig, ob es als eine Hypothek anzusehen ist. Dies ist zu verneinen. Der Eintragungsvermerk einer Hypothek im Sinne des § 38 a. a. O. muß ohne Ausnahme eine bestimmte Summe, für die das Grundstück haftet, ausweisen. Vergl. §§ 18, 19, 23—25, 30 E.E.G., § 43 G.B.O. Wiederkehrende Geldleistungen, wie die hier streitige Geldrente, die nicht bloß Nebenleistungen zu einem in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Kapitale bilden, sondern deren Entrichtung während der festgesetzten Zeit die Hauptleistung darstellt und erschöpft, sind also nicht Hypotheken im Sinne des § 38 a. a. O., wenn sie als wiederkehrende Geldleistungen eingetragen sind. Ob die Eintragung versehentlich in die für Hypotheken und Grundschulden bestimmte III. Abteilung oder vorschriftsmäßig in die II. Abteilung des Grundbuches erfolgt (§ 11 G.B.O.), ist für den Charakter des eingetragenen Rechts bedeutungslos. In beiden Fällen würde das eingetragene Recht als Hypothek im Sinne des § 38 a. a. O. nur dann gelten können, wenn die Rente kapitalisiert oder der Höchstbetrag, für den das Grundstück haften soll, angegeben wäre.

Eigentum.

§ 71.

1. Inhalt des Eigentums.

B.G.B. §§ 903—924.

I. 848—867. II. 814—837. III. 887—908. M. III. 257—299. D. 126—130. E.G. Art. 65 ff., 105—111, 116, 122—125, 181 Abs. 1, 183, 186 Abs. 1, 187—189. Windscheid I. §§ 142, 167—169, 212 Nr. 4. II. § 450. Stobbe II. §§ 78—90. Dernburg I. §§ 215—221.

Nr. 1763. V. Sen. 10. Juni 1896. V. 396. 95. Bd. 37, Nr. 88, S. 331.

Pflicht des Eigentümers, sein Grundstück im öffentlichen Interesse im Stande zu erhalten. (Preuß. R.). Die Stadt Konitz grenzt an den nördlichen Teil des Mönchsees, eines nicht künstlich angelegten Wasserbeckens, dessen Eigentümer der Beklagte ist. Nachdem im Jahre 1866 seitens der Verwaltungsbehörden festgestellt worden war, daß der See wegen seiner Ausdünstungen für die Einwohner von Konitz gesundheitsschädlich sei, wurde der klagenden Stadtgemeinde im Verwaltungswege aufgegeben, „die im sanitätspolizeilichen Interesse notwendige Reinigung des Mönchsees ungesäumt ausführen zu lassen", wobei ihr überlassen blieb, „gegen den nach ihrer Ansicht hierzu verpflichteten Besitzer des Sees ihre vermeintlichen Regreßansprüche eventuell im Prozeßwege geltend zu machen". Seitdem, etwa seit Mitte der 1870er Jahre, hat die Klägerin den See alljährlich auf ihre Kosten reinigen lassen; sie verlangt jetzt eine Feststellung dahin, daß nicht sie, sondern der Eigentümer des Sees zur Vornahme der ihr polizeilicherseits auferlegten Reinigung verpflichtet sei. Mit dieser Klage ist sie in den beiden Vorinstanzen abgewiesen. Beide Vorderrichter nehmen an, daß zwar die vom Beklagten gegen die Zulässigkeit der erhobenen Feststellungsklage vorgebrachten Bedenken nicht zutreffen, daß aber materiell die Klage unbegründet sei, weil sich die behauptete Verpflichtung des Beklagten weder aus seiner Stellung als Eigentümer des Sees ergebe noch aus den gesetzlich anerkannten Einschränkungen des Eigentums entnehmen lasse, weil sie ferner auch aus dem von der Klägerin hervorgezogenen Gesichtspunkte der Unzulässigkeit von schädlichen Immissionen auf die Nachbargrundstücke nicht folge und weil endlich keinerlei Einwirkung des Beklagten auf den See behauptet sei, die in einen ursächlichen Zusammenhang mit den gesundheitsschädlichen Ausdünstungen des Sees gebracht werden könnte. Auf die Revision der Klägerin ist das zweite Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die Angriffe der Revision sind zunächst insoweit verfehlt, als versucht worden ist, die Klage unter den rechtlichen Gesichtspunkt von unzulässigen Immissionen zu stellen. Nicht darum handelt es sich, benachbarte Grundstücke gegen schädliche Ausdünstungen zu schützen, die von dem See des Beklagten auf sie ausströmen sollen. Wäre dies in Frage, so hätte die Klage als negatorische von den Eigentümern der betreffenden Grundstücke erhoben werden müssen. Dies ist nicht geschehen. Die Stadtgemeinde hat die Klage nicht als Eigentümerin und nicht zum Schutze ihr gehöriger Grundstücke erhoben, sondern deshalb, weil sie den Beklagten für verpflichtet erachtet, dasjenige im Interesse der Allgemeinheit zu thun, was die Polizeibehörde von ihr aus sanitätspolizeilichen Gründen verlangt hat. Die rechtliche Begründung dieses Anspruchs kann daher nicht mit den Rechtssätzen vertreten werden, die bezüglich der sogen. Immissionen im Anschluß an die Judikatur des früheren Obertribunals (vergl. Entscheidungen des Obertribunals Bd. 23, S. 252) von der Rechtswissenschaft und Praxis ausgebildet worden sind. Ebensowenig steht der Klage eine derjenigen Spezialbestimmungen zur Seite, auf welche die Revision glaubt Bezug nehmen zu dürfen. Die landrechtlichen Vorschriften beziehen sich, wenn sie nicht, wie

die §§ 26 ff., 33, 34, I. 8 A.L.R., nur allgemeine Rechtsnormen enthalten, von denen aus zu einer Entscheidung des vorliegenden Falles nicht zu gelangen ist, auf andere Verhältnisse; sie betreffen die Unterhaltung von Gebäuden (§§ 37 ff. a. a. O.) und von Gräben nnd Kanälen (§ 100 das.). Die ersteren sind hier selbstverständlich nicht anwendbar und ebensowenig kann ein, nicht künstlich angelegter, See zu den „Gräben und Kanälen" gerechnet werden, deren Unterhaltung der § 100 a. a. O. dem Eigentümer auferlegt. Vergl. Plenarbeschluß des Obertribunals vom 9. April 1844, Entscheidungen des Obertribunals Bd. 10, S. 245. Auch aus § 7 des Gesetzes betreffend die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 läßt sich die Verpflichtung des Beklagten nicht herleiten; die Bestimmung betrifft lediglich die Räumungspflicht, insoweit sie zur Beschaffung der Vorflut erfüllt werden muß. Hier aber handelt es sich um eine Räumung, die aus sanitätspolizeilichen Gründen vorgeschrieben worden ist. Auf diese findet § 7 keine Anwendung. Vergl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 11, S. 244. Endlich trifft auch § 10 des Vorflutedikts vom 15. November 1811 hier nicht zu, da es sich um einen See und nicht um einen „Graben oder Wasserabzug" handelt. Anders verhält es sich mit dem Vorwurfe der Revision, daß das Berufungsgericht die rechtliche Stellung des Eigentümers der Allgemeinheit gegenüber und seine hieraus folgenden im öffentlichen Rechte begründeten Verpflichtungen verkannt habe. In dieser Beziehung wäre es zunächst nicht richtig, wenn der Berufungsrichter mit dem an die Spitze seiner Entscheidungsgründe gestellten Satze, es komme nur darauf an, zu prüfen, wer nach *privatrechtlichen* Grundsätzen zur Reinigung des Sees und zur Tragung der damit verbundenen Kosten verpflichtet sei, etwa hat sagen wollen, daß sich die Klage auf eine dem Beklagten nach *öffentlichem* Rechte obliegende Verpflichtung zur Reinigung des Sees nicht stützen könne. Eine solche Beschränkung ist für Klagen, die der § 5 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 den „Beteiligten" vor den ordentlichen Gerichten einräumt, nicht anzuerkennen. Das Reichsgericht hat vielmehr wiederholt und auch in Bezug auf einen ähnlich liegenden Fall, wo es sich um Reinigung einer städtischen Straße handelte, Nr. 2673, ausgesprochen, daß die Begründung der Klage aus § 5 sehr wohl dahin gehen kann, daß die für den Beklagten behauptete Verpflichtung, der zufolge der Kläger ihn zur Ausführung der polizeilichen Auflage für verbunden erachtet, aus Vorschriften des öffentlichen Rechts originiere. Nr. 2674. Inwieweit derartige Streitigkeiten der „Beteiligten", die sich also auf Normen des öffentlichen Rechts gründen, zur Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gründen, ist in besonderen Bestimmungen geordnet z. B. § 56 Abs. 5, § 66 Abs. 3 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883. Greifen solche nicht ein, wie dies hier der Fall ist, so sind auch die Civilgerichte berufen, über Normen des öffentlichen Rechts zu befinden. Dementsprechend ist die vorliegende Klage begründet worden. Die Klägerin behauptet, daß dem Beklagten als Eigentümer des Sees die öffentlichrechtliche Verpflichtung obliege, ihn so zu unterhalten, daß polizeilich zu schützende öffentliche Interessen nicht beeinträchtigt oder gefährdet werden. Denn nach öffentlichem Rechte sei, wie das Oberverwaltungsgericht wiederholt ausgesprochen habe, jeder Eigentümer verpflichtet, sein Grundstück in einem solchen Zustande zu erhalten bezw. es so umzugestalten, wie es der polizeilich zu schützenden öffentlichen Interessen halber notwendig sei, möge die unzulässige Beschaffenheit des Grundstücks durch den Eigentümer selbst oder durch Dritte herbeigeführt oder durch Zufall entstanden sein. Richtig ist, daß dieser Rechtssatz vom höchsten Verwaltungsgerichtshofe als Norm des öffentlichen Rechts hingestellt worden ist. Vergl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 7, S. 351, Bd. 8, S. 330, Bd. 10, S. 180, Bd. 12, S. 310, Bd. 13, S. 326, Bd. 18, S. 414. Für den vorliegenden Fall bedarf es keiner Erörterung darüber, ob er in vollem Umfange, insbesondere auch insoweit, als er sich auf eine *Umgestaltung* des Grundstücks bezieht, anzuerkennen sein möchte; denn hier handelt es sich nur darum, ob der Beklagte als Eigentümer verpflichtet ist, das ihm gehörige Grundstück, den See,

in einem solchen Zustande zu erhalten, wie es das polizeilich zu schützende öffentliche Interesse erfordert. Dies ist aber im Anschlusse an die vorerwähnten Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts unbedenklich anzuerkennen. Denn das Eigentum und namentlich das Eigentum an einem Grundstücke, kann nicht als für sich allein bestehend und losgelöst von den Beziehungen betrachtet werden, die sich mit Notwendigkeit aus einem geordneten bürgerlichen Zusammenleben ergeben. Aus ihm entspringen Interessen, die auch der Eigentümer gegen sich gelten lassen und denen er sich wenigstens so weit unterordnen muß, als es sich um Erhaltung seines Eigentums in einem Zustande handelt, der für das Gemeinwohl nicht schädlich oder gefährlich werden kann. Hierauf beruhen die sogen. gesetzlichen Begrenzungen des Eigentums zum Besten des gemeinen Wesens, die schon nach landrechtlicher Vorschrift so weit gehen, daß es dem Eigentümer unter Umständen verwehrt wird, sein Grundstück in Verfall geraten zu lassen (§ 61, §§ 37 ff., I. 8 A.L.R.). Es ist daher nur eine Folgerung aus demselben Prinzipe, wenn der Eigentümer für verpflichtet erachtet wird, sein Grundstück so zu erhalten, wie es im Interesse der Allgemeinheit unbedingt erforderlich ist. Dies hat der Berufungsrichter verkannt. Die Verpflichtung des Eigentümers besteht nicht, wie er meint, nur der Polizeibehörde gegenüber, sondern sie ist in dem vorstehend erörterten Umfange eine ihm nach öffentlichem Recht überhaupt obliegende, so daß sich auch die Klägerin auf sie zum Nachweise dafür berufen kann, daß der Beklagte die ihr gemachte polizeiliche Auflage zu erfüllen verbunden sei. Freilich wird dies, und hierin tritt im Gegensatz zum öffentlichen Rechte, vergl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 7, S. 352, die privatrechtliche Seite des Rechtsstreits klar hervor, nur dann der Fall sein, wenn nicht etwa der Klägerin selbst, wie der Beklagte unter Anführung einer Reihe von Thatsachen behauptet hat, die Schuld an der Versumpfung des Sees und den gesundheitsgefährlichen Ausdünstungen beizumessen ist. Das Letztere wird noch festzustellen sein.

Nr. 1764. Fer.-Sen. 23. August 1886. IIIa. 248. 86. Bd. 16, Nr. 33, S. 151.

Anspruch auf Gestattung der Ausgrabung einer beerdigten Leiche. (Gem. R.). Nach gemeinem Rechte muß es als eine gesetzliche Beschränkung des Eigentums bezw. anderer dinglicher Rechte an Grundstücken gelten, daß der dinglich Berechtigte aus dem betreffenden Grundstücke keine daselbst bestattete Leiche ohne obrigkeitliche Genehmigung ausgraben darf. Aus den römischen Rechtsquellen l. 8 pr. Dig. de relig. 11, 7; c. 10, c. 14 Cod. de relig. 3, 44; l. 43 Dig. de relig. 11, 7 ist für den veränderten heutigen gemeinrechtlichen Rechtszustand, wonach Gräbstellen nie mehr extra commercium sind, sondern im allgemeinen durchaus unter den gewöhnlichen Regeln des Sachenrechtes stehen, die durchgreifende gesetzliche Eigentumsbeschränkung zu entnehmen, daß beerdigte Leichen ohne Genehmigung der Obrigkeit nicht aus dem betreffenden Grundstücke entfernt werden dürfen. Es kann daher auf dem gemeinrechtlichen Standpunkte ein privatrechtlicher Anspruch des Interessenten gegen die zuständige Behörde auf Gestattung der Ausgrabung einer Leiche überhaupt nicht als möglich anerkannt werden.

Nr. 1765. I. Sen. 28. Juni 1884. I. 109. 84. Bd. 15, Nr. 45, S. 205.

Erdaufschüttung an der Nachbarmauer, Zuführung von Feuchtigkeit. (Gem. R.). Vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus würde die Vornahme einer das Nachbargrundstück mit vermehrter Feuchtigkeit bedrohenden Erdaufschüttung gewiß zum Verlangen einer cautio damni infecti genügende Veranlassung geben. Aber ganz anders steht es mit der Frage, ob der Nachbar, der eine solche Kaution sich bestellen zu lassen versäumt hat, sich über den Eingriff in sein Recht zu beschweren berechtigt ist, wenn ihn eine fertig gestellte Erdaufschüttung durch Zuführung von Feuchtigkeit benachteiligt. Dies ist unbedenklich zu verneinen, weil ein Jeder auf seinem Grund und Boden nach seinem Belieben schalten und walten kann, solange er nicht etwas unternimmt, was

seiner wesentlichen Beschaffenheit zufolge eine Einwirkung auf das Nachbargrundstück mit sich bringt. Das Letztere kann man von einer an der Grenze gemachten Erdaufschüttung gewiß nicht sagen, da die Erzeugung von Feuchtigkeit durchaus nicht als eine notwendige und besonders hervortretende Folge derselben gelten kann, sondern nur nebenbei und in verhältnismäßig geringem Umfange stattfindet. Hierin liegt der Unterschied zwischen einer solchen Vornahme und der Anlegung und fortdauernden Benutzung eines Bades unmittelbar an der nachbarlichen Mauer, wovon l. 19 pr. Dig. de serv. praed. urb. 8, 2 redet.

Nr. 1766. V. Sen. 2. Februar 1895. V. 294. 94. Bd. 35, Nr. 41, S. 170.

Anspruch auf Ersatz des Schadens, der einem Grundeigentümer erwächst, wenn ihm durch Anlegung eines Brunnens auf dem Nachbargrundstücke das Wasser entzogen wird. (Preuß. R.). In dem Falle Nr. 2168 gründeten die Kläger ihren Anspruch auf ihr Eigentum an den Grundstücken und meinen, daß die Beklagte durch Veränderung des Grundwasserstandes unberechtigt in ihre Rechtssphäre eingegriffen habe. Auch dieser Klaggrund versagt. Die Beklagte ist Eigentümerin des Grundstücks, auf dem sie den Brunnen angelegt hat. Als Eigentümerin hat sie das Recht, mit Ausschließung Anderer nach Willkür über die Sache zu verfügen, und ist hierin nur so weit gehindert, als das Gesetz oder Rechte Dritter ihr Schranken auferlegen. Ein Untersagungsrecht, das auf einem besonderen Rechtstitel beruhte, nehmen die Kläger nicht in Anspruch. Ein gesetzliches Recht steht ihnen nicht zur Seite. Der Berufungsrichter befindet sich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts, wenn er ausführt, daß dem Grundeigentümer kraft seines Eigentums nicht das Recht zusteht, daß ihm der Grundwasserstand für alle Zeiten erhalten bleibe und daß dem Grundeigentümer nicht verwehrt werden kann, Brunnen und andere Werke auf seinem Grund und Boden anzulegen, selbst wenn dadurch dem Nachbarn das Wasser entzogen werden sollte. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Eigentümer die Anlage im Interesse seines Grundstücks gemacht hat oder ob er andere wirtschaftliche Zwecke damit verfolgt. Nr. 2170. Daß die Beklagte ihr Eigentumsrecht gemißbraucht habe, hat der Berufungsrichter aus thatsächlichen Gründen verneint. Er geht von dem richtigen Grundsatze aus, daß ein Mißbrauch nur dann vorliegt, wenn die Handlung mit der Absicht vorgenommen ist, einen Anderen in seinen Rechten zu kränken. (Vergl. §§ 36 ff. I. 6; §§ 27, 28, I. 8 A.L.R.). Die Kläger folgern diese Absicht daraus, daß die Beklagte die Schädigung vorausgesehen habe oder wenigstens habe voraussehen müssen. Der Berufungsrichter hält die bloße Kenntnis der nachteiligen Folgen zur Feststellung der Absicht der Kränkung nicht für genügend, nimmt aber das Fehlen solcher Absicht für erwiesen an, weil die Beklagte nur den Zweck verfolgt habe, die ihr von der Behörde gemachte Auflage zu erfüllen, und sie hierzu durch den Beschluß der Enteignungsbehörden gezwungen worden sei. Ein Rechtsirrtum ist hierin nicht ersichtlich, namentlich wird der Begriff der Chikane vom Berufungsrichter dabei nicht verkannt.

Nr. 1767. II. Hilfs-Sen. 8. April 1880. V^a. 63. 80. Bd. 2, Nr. 54, S. 196.

Lichtrecht. §§ 142, 143, I. 8 A.L.R. (Preuß. R.). Die richtige Bedeutung der Worte des § 143, I. 8 A.L.R. „in diesem Falle" und „Gebäude" ergiebt sich nur bei Zusammenhaltung der drei Paragraphen. Danach behandeln die §§ 142 und 143 a. a. O. den Fall, wenn die Fenster des Nachbars schon seit mindestens zehn Jahren vorhanden, der § 144 a. a. O. aber den Fall, wenn sie noch nicht so lange vorhanden sind. An den Hauptbedingungssatz in den §§ 142 und 143 hinsichtlich der Dauer der Fensteranlage schließen sich unterscheidend die Gegensätze, a) im § 142: wenn die Behältnisse, wo sich die Fenster befinden, nur von dieser Seite her Licht haben, b) im § 143: wenn das Gebäude, worin sich die Fenster befinden, noch von einer anderen

Seite Licht hat, an. Die Worte des § 143 „in diesem Falle" erstrecken sich nicht auch auf den Unterscheidungssatz a. Unter dem Worte „Gebäude" im § 143 sind „Behältnisse" wie im § 142 gemeint; die Ausdrücke sind als gleichbedeutend aufzufassen, ohne daß man anzunehmen braucht, daß im § 143 der Ausdruck „Gebäude" ohne besonderen Grund oder gar irrig gewählt sei. Im Falle des § 143 ist eine unmittelbare Lichtzuführung von der anderen Seite nicht erforderlich, vielmehr ist nur wesentlich, daß das von der anderen Seite zufließende Licht ein hinreichendes ist d. h. genügt, um dem Raume bezw. Behältnisse die für seinen Gebrauch notwendige Helligkeit zu gewähren. Die abweichende Ansicht kann auf den § 137, I. 8 A.L.R. nicht gestützt werden, da dieser von dem anderen Falle spricht, wenn ein Eigentümer Licht in sein Gebäude bringen will.

Nr. 1768. II. Hilfs-Sen. 28. April 1881. V^a. 827. 80. Bd. 5, Nr. 61, S. 229.

Licht- und Fensterrecht. § 138, I. 8 A.L.R. (Preuß. R.). Der § 138, I. 8 A.L.R. enthält zwei wesentlich verschiedene Einschränkungen des Eigentumsrechts zu Gunsten des Nachbarn, einmal die Vorschrift, daß Öffnungen in einer unmittelbar an des Nachbarn Hof oder Garten stoßenden Wand so hoch vom Fußboden des Zimmers angebracht werden müssen, daß man auch stehend nicht in den nachbarlichen Hof oder Garten zu blicken vermag, und sodann die Bestimmung, daß diese Öffnungen in bestimmter Weise verstäbt oder vergittert werden müssen. Nur das letztere Gebot, das widerrechtlichen Eingriffen durch Immission vorbeugen soll, ist ein bedingungsloses; das erstere dagegen, das aus der deutschen Rechtsansicht hervorgegangen ist, daß auch schon das bloße Blicken in ein fremdes Grundstück als ein Eingriff in die fremde Rechtssphäre anzusehen ist, hat der Gesetzgeber durch die Bedingung gemildert und beschränkt, daß die Umstände die Erhöhung der Fenster gestatten müssen. Diese Bestimmung enthält eine Modifikation des vorhergehenden § 137, worin der entgegengesetzte gemeinrechtliche Grundsatz als Regel anerkannt wird, charakterisiert sich als eine gesetzliche Beschränkung des Eigentums des Gebäudebesitzers zu Gunsten des Nachbarn und unterliegt daher gemäß §§ 14 ff., I. 19 A.L.R. im Zweifel der strengen Auslegung zu Gunsten des belasteten Eigentums. Es läßt sich annehmen, daß der Gesetzgeber dem Gebäudeeigentümer das Recht auf freie Aussicht über das nachbarliche Grundstück nur so weit hat beschränken wollen, als es ohne Nachteil in der Benutzung seines Eigentums möglich ist, und daß er dieser Voraussetzung absichtlich den allgemeinen Ausdruck „wo es die Umstände gestatten" gegeben hat, um dem Richter in dem konkreten Falle das freieste Ermessen über das Vorhandensein derselben, insbesondere ob neben der räumlichen Möglichkeit zur Fenstererhöhung auch die Möglichkeit einer ausreichenden Beleuchtung gewährt werde, einzuräumen. Bei Beurteilung der die Erhöhung der Fenster ausschließenden Umstände ist der Richter in seinem Ermessen nicht beschränkt und wohl befugt, dabei auch die auf bloß subjektiven Bedürfnissen und Zwecken beruhende Bestimmung eines Gemaches in Betracht zu ziehen, wogegen allerdings der Richter eine nur zu dem Zwecke der Vereitelung des Nachbarrechts getroffene Bestimmung gemäß § 37, I. 6 A.L.R. nicht berücksichtigen darf. In dem vorliegenden Falle hat der Vorderrichter angenommen, daß mit Rücksicht auf die Bestimmung der fraglichen Räumlichkeiten zu Wohn- und Arbeitszimmern dieselben im Falle der verlangten Erhöhung der Fenster das erforderliche Licht nicht mehr erhalten würden und daß die Umstände daher eine solche Erhöhung nicht gestatten. In dieser thatsächlichen Würdigung der Lage des konkreten Falles läßt sich mit Rücksicht auf die vorstehende Ausführung eine unrichtige Auffassung des § 138, I. 8 A.L.R. nicht erkennen.

Nr. 1769. II. Sen. 9. November 1880. II. 251. 80. Bd. 2, Nr. 98, S. 368.

Umfang des Rechts des Servitutberechtigten. Badisches L.R. S. 552, 641, 643. (Rhein. R.). Ob die Voraussetzungen des L.R. S. 643 gegeben sind, ist nicht fest-

gestellt; allein selbst wenn der klägerischen Gemeinde, sei es kraft Titels oder Verjährung, sei es infolge gesetzlicher Bestimmung die behauptete Servitut der Wasserleitung an der auf dem Grundstücke eines ihrer Bürger zustände, könnte sie doch vermöge derselben nicht mehr Rechte haben, als der Eigentümer des dienenden Grundstücks hat. Diesem steht aber kein Verbot gegen den Nachbar (Kläger) zu, der in Ausübung seines Eigentums (L.R. S. 552) auf seinem Grundstücke Grabungen vornimmt, die das Versiegen einer Quelle bewirken. Darin, daß infolge der Benutzung des Eigentumes nach seinem vollen gesetzlichen Inhalte dem Nachbargute Vorteile entzogen werden, die ihm bis dahin zu statten kamen, kann ein unerlaubtes Hinübergreifen in das fremde Eigentum nicht erkannt werden. Dies ist sowohl in der gemeinrechtlichen wie in der französisch-rechtlichen Doktrin und Praxis anerkannt. Nr. 2116. Nr. 2118. Nr. 2170. Nr. 2119. Nr. 1897.

Nr. 1770. III. Hilfs-Sen. 7. Februar 1880. V^b. 143. 79. Bd. 1, Nr. 66, S. 178.

Inädifikation. (Preuß. R.). Das preußische A.L.R. hat, die gemeinrechtliche Anschauung verlassend, das Recht der Inädifikation auf neuer Grundlage völlig neu gestaltet. Das Recht des Grundeigentümers, durch seine einseitige Willenserklärung den Bauenden entweder zur käuflichen Überlassung des Gebäudes oder zum käuflichen Erwerbe, zur Bezahlung des dazu gehörenden Grundes und Bodens zu nötigen, bildet einen, dem gemeinen Recht durchaus fremden, persönlichen Anspruch desselben gegen den Bauenden und beruht allein auf den Rücksichten der Billigkeit. Die Abtretungspflicht erstreckt sich nicht allein auf die bebauten, sondern auch auf solche Grundflächen, die zwar nur äußerlich mit dem Gebäude im Zusammenhange stehen, aber für den Gebrauch desselben unentbehrlich sind. § 329, I. 9 A.L.R. Nr. 92. Nr. 526. Nr. 1771. Nr. 4241.

Nr. 1771. V. Sen. 24. November 1883. V. 241. 83. Bd. 10, Nr. 69, S. 245.

Bau auf fremdem und auf eigenem Boden. Bau des Ehemannes auf dem Boden der Ehefrau. §§ 327, 332, 333, 340, 341, I. 9; §§ 195 ff., II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Abgesehen von den besonderen Umständen des Falles, die sich aus dem zwischen dem Bauenden und der Klägerin zur Zeit des Baues bestehenden ehelichen Verhältnisse ergeben, handelt es sich um die Frage, ob der im § 332, I. 9 A.L.R. vorgesehene Eigentumserwerb durch Inädifikation sich auch dann vollzieht, wenn das Gebäude nicht lediglich auf fremdem, sondern zugleich auf dem eigenen Grundstücke des Bauenden errichtet worden. Diese Frage ist zu bejahen. Die danach zu treffende Entscheidung wird auch durch den Umstand nicht beeinflußt, daß sich der Bauende im Nießbrauchsbesitze des überbauten Grundstücks befand und Ehemann der Eigentümerin des letzteren war. Die in den §§ 198 ff., II. 1 A.L.R. zum Schutze der Ehefrau in ihrem vermögensrechtlichen Verkehre mit dem Ehemanne gegebenen Vorschriften beziehen sich nur auf Verträge. Die Inädifikation steht aber nach landrechtlicher Auffassung unter dem rechtlichen Gesichtspunkte einer unmittelbaren Erwerbsart, so daß sich die dabei erforderliche Zustimmung des Eigentümers nicht als eine die Willenseinigung mit dem Bauenden herstellende stillschweigende Erklärung darstellt, sondern als ein wissentliches Geschehenlassen der Handlung eines Anderen, verbunden mit der Absicht, sich den daran unmittelbar durch das Gesetz geknüpften Folgen zu unterwerfen. Der unvollständige Besitz, wie er hier für den Bauenden auf Grund seines maritalischen Nießbrauches an dem überbauten Grundstücke gegeben war, könnte nur dann von Bedeutung sein, wenn sich ergeben hätte, daß der Wille, von welchem der Bauende bei dem Bau geleitet wurde, aus dem Rechte des Nießbrauches erwachsen wäre. Hier hat der Bauende den Bau von seinem eigenen Grundstücke aus zwar über die Grenze hinaus, aber überall mit dem Willen, das Gebäude als Eigentümer zu errichten und zu behalten, ausgeführt. Nr. 1770. Nr. 4241. Nr. 1773.

Nr. 1772. V. Sen. 9. Mai 1894. V. 39. 94. Bd. 33, Nr. 58, S. 252.

Eigentumserwerb durch Bebauung eines durch formgültigen Vertrag gekauften, aber noch nicht aufgelassenen Grundstücks. § 332, I. 9 A.L.R. (Preuß. R.). Die Ansicht, daß nach preußischem Recht durch Bebauung ein unmittelbarer Eigentumserwerb und nicht bloß ein Anspruch auf Überlassung der bebauten Fläche gegen deren Eigentümer eintritt, hat das Reichsgericht bereits früher ausgesprochen, Nr. 3790, und davon trotz der in der Doktrin geltend gemachten Bedenken festgehalten. Ob dieser Grundsatz auch dann anzuwenden ist, wenn der Bauende die bebaute Fläche auf Grund eines formgültigen, zum Eigentumserwerb an sich geeigneten Titels erworben hat, ist in den bisher vom Reichsgericht entschiedenen Fällen unerörtert geblieben. In der vorliegenden Sache hat der Berufungsrichter die Frage, ob der Revers vom 15. August 1891 einen formgültigen Kaufvertrag enthält, nicht geprüft. Die Frage muß bejaht werden. Der Revers ist von W. (dem jetzigen Gemeinschuldner) und dem Beklagten unterschrieben. In ihm wird das verkaufte Grundstück nach Größe und Lage ausreichend bezeichnet, der Kaufpreis auf 4000 Mk. bestimmt und dessen Berichtigung sowie die Übergabe als geschehen anerkannt. Es fehlt also an keinem Erfordernisse eines rechtsgültigen Kaufvertrages und es bedarf deshalb der Entscheidung, ob der Beklagte durch einen derartigen Vertrag, der ihm wegen der ausstehenden Auflassung noch kein Eigentum gewährte, verhindert war, das Eigentum an der gekauften Fläche durch Bebauung zu erwerben. Das frühere preußische Obertribunal hat sich in mehreren Urteilen darüber ausgesprochen, ob derjenige, welcher ein Grundstück mittels rechtsungültigen Vertrages erworben hat, sich auf die Vorschrift des § 332, I. 9 A.L.R. stützen könne. Einer Prüfung, ob dieser Rechtsprechung trotz der in der Litteratur dagegen erhobenen Bedenken beizutreten ist, bedarf es hier nicht. Das Reichsgericht hat die Befugnis des Beklagten, durch Inädifikation das Eigentum an der von ihm gekauften Fläche zu erwerben, aus folgenden Gründen bejaht. Das A.L.R. regelt in den §§ 327—331, I. 9 den Fall, daß Jemand auf fremdem Grund und Boden ohne Vorwissen des Eigentümers baut. Hier überwiegt das Recht des Eigentümers an der Fläche. Er kann das Gebäude erhalten oder dessen Wegschaffung verlangen. Wählt er das Erstere, so hängt es von seinem Willen ab, ob er, gegen Entschädigung, das Gebäude sich zueignen oder es dem Bauenden überlassen will. Dem § 332, I. 9 A.L.R. liegt dagegen der Gedanke zu Grunde, daß derjenige, welcher auf fremdem Grund und Boden mit Vorwissen des Eigentümers baut, mit dessen Zustimmung handelt. Diese Zustimmung wird angenommen, wenn der Eigentümer nicht sogleich nach erlangter Kenntnis der Fortsetzung des Baues widerspricht. In diesem Falle läßt also das A.L.R. das Recht des Bauenden überwiegen. Er erwirbt das Eigentum am Grund und Boden gegen die Verpflichtung zur Entschädigung des Eigentümers. Daß derjenige, welcher eine Fläche durch gültigen Veräußerungsvertrag und Übergabe erworben hat, wenn er sie vor der Auflassung bebaut, auf fremdem Grund und Boden baut, unterliegt nach dem E.E.G. vom 5. Mai 1872 keinem Bedenken. Es läßt sich nicht sagen, daß die Anwendung des § 332 a. a. O. voraussetze, es sei das Grundstück erst durch den Bau in Besitz genommen, und dessen Anwendung ausgeschlossen, wenn der Bauende den Grund und Boden zum Zwecke der Bebauung vom bisherigen Eigentümer zum Besitz erhalten hat. Dies ergiebt sich aus der Geltung des § 332 für die Fälle des Erwerbes mittels formell ungültigen Vertrages. Der Bauende kann demnach den Besitz, und zwar zum Zwecke des Baues, einer Besitzveräußerungshandlung des bisherigen Eigentümers verdanken, ohne daß deshalb der § 332 ausgeschlossen ist. Ausgeschlossen wird die Anwendung nur dann sein, wenn der Eigentumserwerb durch den Bau dem Titel zuwiderläuft, auf Grund dessen die Besitzentäußerung seitens des Eigentümers stattgefunden hat z. B. beim Pachtvertrage. In betreff des Kaufvertrages läßt sich solcher Widerspruch gegen den Eigentumserwerb durch Bebauen lediglich aus dem Grunde, weil es gesetzlich zum Eigentumserwerb noch einer Mitwirkung des Verkäufers durch Auflassung

bedarf, nicht behaupten. Das Reichsgericht hat deshalb angenommen, daß an sich der Beklagte durch den Vertrag vom 15. August 1891 nicht gehindert wurde, das Eigentum an der ihm verkauften Fläche durch Inädifikation zu erwerben. Hiermit steht das Urteil des IV. Civil-Senats im Falle Nr. 4241 in Einklang. Der ausgesprochene Rechtsgrundsatz bedarf jedoch einer Einschränkung. Es kann nicht bezweifelt werden, daß es den Kontrahenten frei steht, bei dem Vertrage über ein Grundstück ihren Willen dahin kundzugeben, daß, trotz einer Einwilligung in die Bekundung desselben, der Eigentumsübergang auf keine andere als die von ihnen angegebene bestimmte Art stattfinden soll. Wenn insbesondere beim Kaufvertrage verabredet wird, daß die Auflassung erst noch von bestimmten Leistungen des Käufers, z. B. der Zahlung von Kaufgeld, abhängig sein soll, so wird in der Regel eine solche Stipulation die Bedeutung haben, daß der Eigentumsübergang nur durch Auflassung bewirkt werden darf, daß der Verkäufer zu deren Gewährung nur verpflichtet ist, wenn die in seinem Interesse versprochenen Leistungen vom Käufer erfüllt sind, und daß der Käufer ohne diese Erfüllung des Vertrages Eigentum nicht beanspruchen darf. Ob ein derartiger Wille der Kontrahenten bestanden hat und im Vertrage zum Ausdruck gelangt ist, muß im einzelnen Falle durch Auslegung festgestellt werden. Bejaht der Richter das, so würde der Käufer, wenn er Eigentumserwerb auf Grund der Inädifikation in Anspruch nimmt und auf Grund des § 332, I. 9 A.L.R. dem Verkäufer anstatt des bedungenen Kaufpreises als Inädifikant nur eine angemessene Entschädigung für die bebaute Fläche zahlen wollte, vertragswidrig, also dolos handeln. Da das A.L.R. einen derartigen Dolus des Käufers nicht hat schützen wollen, so kann in solchen Fällen der Bauende nur auf dem im Vertrage bestimmten Wege das Eigentum an der bebauten Fläche erwerben. Hier liegt ein derartiger Ausnahmefall jedoch nicht vor. W. und der Beklagte haben Beide durch Übergabe und durch Berichtigung des Kaufgeldes den Vertrag vom 15. August 1891 erfüllt. Die Urkunde redet von der Auflassung überhaupt nicht. Daß die Kontrahenten gewollt haben, der Beklagte solle das Eigentum nur durch Auflassung erwerben, und daß sie diesen Rechtsakt im Interesse des Verkäufers W. von irgend welchen Leistungen des Beklagten abhängig machen wollten, ist nicht zum Ausdruck gebracht und läßt sich nach Lage der Sache nicht annehmen. Es muß also davon ausgegangen werden, daß der Beklagte durch den Vertrag nicht gehindert war, das Eigentum an dem Stück Land durch Bebauung zu erwerben. Nr. 1773.

Nr. 1773. V. Sen. 8. Mai 1895. V. 186. 94. Bd. 35, Nr. 68, S. 263.

Eigentumserwerb durch Bebauung bei einem Vertragsverhältnisse zwischen dem Bauenden und dem Eigentümer des Grund und Bodens. (Preuß. R.). Die beklagte Gesellschaft hat von K. ein größeres Areal als Villenbauland gekauft und zunächst nur übergeben erhalten, während die Auflassung erst später erfolgt ist. Bevor noch die Auflassung stattfand, hat der Kläger auf dem in Parzellen geteilten Baulande mehrere Villenbauten im Auftrage und für Rechnung der Beklagten ausgeführt, außerdem aber eine Parzelle für eigene Rechnung mit einer Villa bebaut. Dies von ihm angeblich mit Wissen und ohne Widerspruch sowohl des K. als auch der Beklagten bebaute Grundstück nimmt der Kläger als sein durch Inädifikation erworbenes Eigentum in Anspruch. In erster Instanz wurde dem Klagantrage stattgegeben, das Berufungsgericht hat auf Abweisung erkannt. Auf die Revision des Klägers ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß in Fällen, wo das Eigentum und der vollständige Besitz eines Grundstücks nicht in einer Hand sind, insbesondere wenn im Falle freiwilliger Veräußerung vor Übertragung des Eigentums durch Auflassung eine Übergabe des Grundstücks stattgefunden hat, es im Sinne des § 332, I. 9 A.L.R. wesentlich auf das Verhalten des Eigentümers des Grund und Bodens ankommt, der Eigentumserwerb durch Inädifikation sich also nur dann vollziehen kann, wenn der Eigentümer

um den Bau gewußt und ihm nicht widersprochen hat. Daß der Eigentümer K. von dem Bau des Klägers Kenntnis erhalten und keinen Widerspruch erhoben hat, ist durch sein eigenes Zeugnis erwiesen. Der Berufungsrichter legt aber diesem Geschehenlassen des Baues durch den Eigentümer aus dem Grunde keine Bedeutung bei, weil K. habe voraussetzen können und auch thatsächlich vorausgesetzt habe, daß der Kläger den Bau im Einverständnis mit der Beklagten unternommen, er unter diesen Umständen aber nach seinem Kaufvertrage mit der Beklagten gar nicht berechtigt gewesen sei, Widerspruch gegen den Bau des Klägers zu erheben. Dieser Entscheidungsgrund wird von der Revision mit Recht als rechtsirrtümlich angefochten. Das wissentliche Geschehenlassen des Baues durch den Grundeigentümer im Falle des § 332 a. a. O. hat nicht die Bedeutung einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung. Nr. 1771. Der Eigentumserwerb des Bauenden ist ein unmittelbarer, der sich durch den Akt der Bebauung der einem Anderen gehörigen Grundfläche vollzieht. Die gesetzlichen Bedingungen für diesen unmittelbaren Eigentumserwerb sind 1. daß der Grundeigentümer um den Bau weiß und 2. daß er keinen Widerspruch dagegen erhebt. Aus welchem Grunde der Eigentümer den Widerspruch unterläßt, ist, sofern nicht ein Willensfehler: Zwang, Irrtum, Betrug vorliegt, gleichgültig; einer Prüfung und Feststellung, ob der Grundeigentümer den Willen gehabt hat, sein Eigentum zu Gunsten des Bauenden aufzugeben, bedarf es nicht. Nr. 1774. Ein Bedenken gegen die Anwendung des § 332 a. a. O. kann aus dem Verhältnisse zwischen K. und der Beklagten um so weniger entnommen werden, als auch die Beklagte dem Bau des Klägers, sobald er ihr, wie hier unterstellt werden muß, bekannt geworden, nicht widersprochen hat. Als vollständige Besitzerin auf Grund der von dem Eigentümer an sie geleisteten Übergabe war die Beklagte kraft ihrer Besitzrechte (§§ 175, 176, I. 7 A.L.R.) wohl befugt, dem Bau zu widersprechen und dadurch den Eigentumserwerb durch Inädifikation zu verhindern. In der Sache selbst bedarf es noch der Feststellung, ob, wie die Beklagte in der zweiten Instanz behauptet hat, der Kläger die Bebauung noch vor dem Verkaufe und der Übergabe des gesamten Areals an die Beklagte zu einer Zeit unternommen hat, als er selbst als Verwalter des Ritterguts R., zu dem die Parzelle gehörte, diese für K. in Gewahrsam hatte. Der hierauf gegründete Einwand der Beklagten ist an sich erheblich. Denn ist auch der Eigentumserwerb durch Bebauung eines fremden Grundstücks nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Bauende durch Vertrag mit dem Eigentümer den Besitz oder die Gewahrsam der bebauten Fläche erlangt hatte, so kann doch von solchem Erwerbe dann nicht die Rede sein, wenn der Inhalt des Vertrages selbst entgegensteht, wenn also die Bebauung zum Zwecke des Eigentumserwerbes eine Verletzung des zwischen den Beteiligten bestehenden Vertragsrechts enthält. Nr. 1772. In einem solchen Falle bedarf es keines besonderen Widerspruchs des Eigentümers, dieser wird im Sinne des § 332 a. a. O. durch den Inhalt des Vertrages ersetzt. Wäre es daher richtig, daß der Kläger, als er die Bebauung des streitigen Grundstücks unternahm, das letztere als Verwalter des Eigentümers K. inne hatte, so würde ihm der § 332 nicht zu statten kommen, da der Verwalter gleich dem Bevollmächtigten den erhaltenen Auftrag nicht dazu gebrauchen darf, sich eigene Vorteile ohne Einwilligung des Machtgebers zu verschaffen (§ 63, I. 13 A.L.R.), und in dem Unterlassen des Widerspruchs gegen die Bebauung nicht schon ein Aufgeben eines dem Eigentumserwerbe durch Bebauung entgegenstehenden Vertragsrechts gefunden werden kann. Wenn aber der den Bauenden gegenüber dem Eigentümer bindende Vertrag den Widerspruch des Eigentümers im Sinne des § 332 ersetzt und wenn der Widerspruch des sein Recht vom Eigentümer ableitenden vollständigen Besitzers genügt, den Eigentumserwerb durch Bebauung zu hindern, so muß folgerecht auch ein Vertragsverhältnis zwischen dem vollständigen Besitzer und dem Bauenden, wodurch dieser in den Besitz der demnächst bebauten Fläche gelangt ist, die Wirkung ausüben, den ausdrücklichen Widerspruch zu ersetzen und dadurch den Eigentumserwerb zu hindern, sofern der Inhalt des Ver-

trages der Bebauung zum Zwecke des Eigentumserwerbes am Grund und Boden widerspricht. Es wird also für die anderweitige Verhandlung in der Berufungsinstanz (eventuell) auch auf das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis ankommen, vermöge dessen nach der Behauptung der Beklagten der Kläger auch zum Zwecke der Ausführung der ihm von der Beklagten übertragenen Bauten im unvollständigen Besitze des „Gesamtareals" gewesein sein soll. Es ist mithin auf den Inhalt der zwischen den Parteien geschlossenen Verträge näher einzugehen und demgemäß zu prüfen, ob der Kläger vertragswidrig gehandelt hat, wenn er neben der Ausführung der ihm von der Beklagten übertragenen Bauten ohne Genehmigung der Beklagten einen Bau für eigene Rechnung unternahm.

Nr. 1774. V. Sen. 2. Dezember 1896 V. 178. 96. Bd. 38, Nr. 77, S. 286.

Rechtserwerb durch Inädifikation. Einfluß des Unterbleibens eines Widerspruches aus thatsächlichem Irrtume. § 232, I. 9; §§ 25, 26, 30 ff. 53, 54, I. 22 A.L.R. (Preuß. R.). Der Kläger beansprucht für das ihm gehörige Grundstück, Hinterhaus Nr. 10, eine Wegegerechtigkeit über das davor liegende Grundstück des Beklagten. Vorderhaus Nr. 10. Er hat in der zweiten Instanz die Entstehung des Wegerechts darauf zurückgeführt, daß einer seiner Vorbesitzer, der Bauunternehmer E., welcher eine Zeit lang auch das dem Beklagten gehörige Grundstück als Eigentümer besessen habe, während dieser Zeit und, nachdem er das Hinterhaus erbaut hatte, das Grundstück in der Weise benutzt habe, daß er den Zugang zu dem Hinterhause über das davor gelagerte Terrain, welches jetzt das Grundstück des Beklagten bildet, angelegt und dauernd beibehalten habe. Dieser thatsächliche Zustand sei in einen rechtlichen übergegangen, als von dem dem E. gehörigen ganzen Grundstücke der jetzt dem Beklagten gehörige Teil im Wege der Zwangsversteigerung veräußert und am 28. September 1891 dem W., dem Vorbesitzer des Beklagten, zugeschlagen worden sei, ohne daß hierbei von dem Wegfalle des von E. thatsächlich hergestellten Zuganges die Rede gewesen wäre. Der Berufungsrichter hat diese Begründung des klägerischen Anspruches verworfen weil er für festgestellt ansieht, daß E. erst nach dem Zuschlage an W., nämlich erst durch Auflassung vom 20. Januar 1893, das Eigentum an dem jetzt dem Kläger gehörigen Grundstücke erworben habe. Das Berufungsurteil ist auf die Revision des Klägers aufgehoben. Wenn der Eigentümer zweier Grundstücke das eine von ihnen für sein anderes Grundstück so benutzt, daß es, wenn man das Verhältnis einer Servitut unterstellt, als das dienende und jenes andere Grundstück als das herrschende anzusehen sein würde, so kann zwar hierdurch, solange das Eigentum beider Grundstücke in derselben Hand vereinigt bleibt, weder nach gemeinem noch nach preußischem Recht eine Grundgerechtigkeit begründet werden; nach letzterem deshalb nicht, weil das A.L.R. davon ausgeht, daß die Grundgerechtigkeit ein Recht an einer fremden Sache ist (§§ 25, 26, 30 ff. I. 22) und weil aus den besonderen Vorschriften in den §§ 53, 54 das. nicht der Schluß gezogen werden darf, daß dem Eigentümer auch die Neubegründung einer Grundgerechtigkeit für ein ihm gehöriges Grundstück an einem anderen von ihm besessenen Grundstücke frei stehe. Der von dem Eigentümer so geschaffene Zustand ist vielmehr, solange er Eigentümer beider Grundstücke bleibt, nur ein thatsächlicher. Dagegen ist es ein nach beiden Rechtssystemen anerkannter Grundsatz, daß dieser thatsächliche Zustand dann in einen rechtlichen übergeht, wenn der Eigentümer das dienende Grundstück veräußert, sofern hierbei der Veräußerer und der Erwerber gewollt haben, daß die bisherige Benutzungsart dieses Grundstücks fortbestehen solle. Nr. 1898. Denn durch eine derartige Veräußerung verwandelt sich der bisher nur thatsächlich geübte Gebrauch des Eigentümers in eine Grundgerechtigkeit, ohne daß es eines neuen Aktes behufs ihrer Begründung bedürfte. Der Berufungsrichter verkennt diese Grundsätze nicht; er will sie aber auf den vorliegenden Fall deshalb nicht anwenden, weil er für festgestellt ansieht, daß der Vorbesitzer des Klägers, E., zu der Zeit als er die

Grundstücke beider Parteien besaß und das Wegerecht für das von ihm erbaute Hinterhaus thatsächlich ausübte, überhaupt nicht Eigentümer des jetzt dem Kläger gehörigen Grundstücks gewesen sei. Denn, so wird ausgeführt, E. habe zwar damals das dem Beklagten gehörige Grundstück als Eigentümer besessen; dagegen sei das klägerische Grundstück nach Eigentum der Firma S. und als solches im Grundbuche eingetragen gewesen. Auf diesem Grundstücke habe zwar E. aus Versehen das Hinterhaus erbaut; auch hätten die Inhaber der Firma S., obwohl sie um den Bau gewußt, diesem nicht widersprochen. Trotzdem sei E. nicht Eigentümer durch Inädifikation geworden. Denn die bloße Nichterhebung des Widerspruches seitens des wahren Eigentümers reiche hierzu nicht aus, vielmehr müsse ersichtlich sein, daß der zum Widerspruche Berechtigte sich dieses seines Rechts bewußt war und daß er sein Eigentum an der bebauten Fläche kannte. Daß das Letztere bei den Inhabern der Firma S. der Fall gewesen, habe der Kläger nicht behauptet; auch sei dies in dem zwischen E. und der Firma S. geführten Vorprozesse nicht festgestellt worden. In diesem hätten vielmehr die Inhaber der Firma ihr Schweigen gerade damit erklärt, daß sie selbst über die wahren Eigentumsverhältnisse im Irrtum gewesen seien. Hiernach müsse angenommen werden, daß E. nicht schon durch die Bebauung, sondern erst später, als ihm die Inhaber der Firma S. im Januar 1893 die Auflassung erteilten, Eigentum an dem klägerischen Grundstücke erworben habe. Bereits aber vorher, im September 1891, sei das dem E. gehörige vordere Grundstück, das jetzt dem Beklagten gehört, im Wege der Zwangsversteigerung veräußert und dem W. zugeschlagen worden. E. sei also niemals Eigentümer beider Grundstücke zugleich gewesen und deshalb könne der von ihm geschaffene thatsächliche Zustand durch die Veräußerung nicht in einen rechtlichen übergegangen sein. Diese Ausführung ist rechtsirrtümlich. Der Eigentumserwerb durch Inädifikation, der sich unmittelbar durch Bebauung der einem Anderen gehörigen Grundfläche vollzieht, setzt nach § 332, I. A.L.R. voraus erstens, daß der Grundeigentümer um den Bau gewußt, und zweitens, daß er keinen Widerspruch dagegen erhoben hat. Nr. 1773. Richtig ist nur allerdings, daß die Nichterhebung des Widerspruches hierbei vom Gesetze als eine stillschweigende Willenserklärung in Betracht gezogen wird, die eben deshalb, weil sie einen Willen dokumentiert, rechtlich mit gewissen Wirkungen ausgestattet ist. Daraus folgt an sich, daß, wenn die Erhebung des Widerspruches aus Irrtum, Zwang oder Betrug unterblieben ist, sie auch nicht die ihr vom Gesetze beigelegten Wirkungen haben kann. Aber eine von diesen Willensfehlern beeinflußte oder durch sie hervorgerufene Willenserklärung ist nicht nichtig, sondern nur anfechtbar (vergl. Motive zum B.G.B. Bd. 1 S. 199). Will sie derjenige, der sie irrtümlich abgegeben hat oder gegen den der Zwang oder der Betrug verübt ist, nicht anfechten, so bleibt sie mit allen ihr gesetzlich beigelegten Wirkungen bestehen. Daher kann sie ein Dritter, der außerhalb jenes durch den Willensfehler beeinflußten Rechtsverhältnisses steht, selbst wenn er ein Interesse daran haben möchte, daß der zur Anfechtung Berechtigte die Willenserklärung nicht bestehen lasse, sie nicht deshalb anfechten, weil sie gegenüber dem Erklärenden durch Irrtum, Zwang oder Betrug hervorgerufen sei. In dieser Lage befindet sich der Beklagte. Er ist gegenüber dem Rechtsverhältnisse, das sich zwischen anderen Personen durch Inädifikation vollzogen haben soll, ein unbeteiligter Dritter.

Nr. 1775. II. Hilfs-Sen. 13. Mai 1880. V^a. 37. 80. Bd. 2, Nr. 60, S. 213.

Recht auf Erhaltung von Grenzscheidungen. (Preuß. R.). Aus den §§ 152, 158, 162, 164 und 172, I. 8 A.L.R. folgt unzweideutig, daß, abgesehen von der besonderen sich auf Befriedigungen in der freien Feldflur beziehenden Vorschrift des § 151, der Grundbesitzer eine bestehende Scheidung, die er errichtet hat bezw. deren Eigentümer er ist, nicht wieder entfernen darf, der Nachbar vielmehr ein Recht darauf hat, daß dieselbe zur Sicherung seines Eigentumes bestehen bleibt. Hatte danach der Kläger auf

die Erhaltung des fraglichen Staketes ein Recht, so hat der Beklagte dadurch, daß er dasselbe gegen den Willen des Klägers wegnahm, widerrechtlich in die Rechtssphäre des Klägers eingegriffen, und der Vorderrichter befindet sich mit Rücksicht auf den § 51, I. 6 A.L.R. vollkommen in Einklang mit dem § 79 das., wenn er daraus folgert, daß der Beklagte das Staket wiederherzustellen verpflichtet ist, ohne sich durch den Auftrag seiner Ehefrau, der Eigentümerin des anderen Grundstücks, decken zu dürfen. Nr. 1776.

Nr. 1776. II. Hilfs-Sen. 13. Mai 1880. V$^{a.}$ 37. 80. Bd. 2, Nr. 60, S. 213.

Dingliche Klage aus der Legalservitut. (Preuß. R.). Aus dem § 10, I. 19 A.L.R. folgt keineswegs, daß ein dingliches Recht, insbesondere eine Legalservitut im im Falle Nr. 1775 nur gegen den Eigentümer bezw. den vollständigen Besitzer der dienenden Sache verfolgbar ist. Der § 10 setzt einen Rechtsstreit voraus, durch welchen das dingliche Recht gegenüber dem Besitzer der dienenden Sache festgestellt werden soll, und bestimmt, daß ein solcher nur mit dem Eigentümer bezw. dem vollständigen Besitzer der dienenden Sache gültig verhandelt werden könne. Dagegen unterliegt es nach § 3, I. 15 A.L.R. keinem Bedenken, daß ein dingliches Recht auch gegen jeden Dritten verfolgt werden kann, der störend in das Recht eingreift.

Nr. 1777. II. Sen. 17. November 1881. II. 68. 81. Bd. 6, Nr. 90, S. 323.

Notweg. Einräumung. Possessorischer Schutz. Art. 682 code civil. (Preuß. R.). Der Besitz eines Notweges ist possessorisch zu schützen. — Ein Grundstück ist im Sinne des Art. 682 a. a. O. eingeschlossen, wenn es keinen für seine Bewirtschaftung ausreichenden und legalen Ausweg auf die öffentliche Straße hat. Ein Leinpfad, der zufolge gesetzlicher Vorschrift ausschließlich den Zwecken der Schiffahrt dient und mit Rücksicht auf seine Bestimmung den Anordnungen der Verwaltungsbehörde unterliegt, ist als einen solchen Ausweg gewährend nicht anzusehen, da den Adjacenten, auch wenn sie Eigentümer des Grundes und Bodens des Leinpfades sind, doch nicht das Recht zusteht, letzteren für ihre Grundstücke beliebig als Weg zu benutzen oder von Anderen benutzen zu lassen, eine solche Benutzung vielmehr nur soweit zulässig ist, als sie, worüber die Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat, mit der Bestimmung des Leinpfades vereinbar ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die fraglichen Strecken des Leinpfades zur Zeit nur noch noch selten der Schiffahrt dienen und von den Adjacenten thatsächlich vielfach als Fahrweg zur öffentlichen Straße benutzt werden.

Nr. 1778. II. Sen. 8. April 1885. II. 491. 84. Bd. 13, Nr. 73, S. 302.

Scheidemauer. Art. 656, 663 code civil. (Rhein. R.). Der Art. 656 code civil findet im Falle des Art. 663 a. a. O. keine Anwendung. Die Anwendung des Art. 663 code civil ist im vorliegenden Falle außer Frage. Der Art. 663 räumt aus polizeilichen Rücksichten zum Schutze der Nachbarn gegen Störungen, in Städten und Vorstädten, dem Nachbarn das Recht ein, den Anderen zu zwingen, zur Erbauung und Unterhaltung der die Anwesen trennenden Scheidewand beizutragen. Daß der Nachbar sich von dieser drei Leistungen, gemeinsame Beschaffung des Baugrundes, Beitrag zum Bau und Beitrag zur Unterhaltung umfassenden Verpflichtung durch Abtretung des Baugrundes von seinem Eigentume befreien könne, sagt das Gesetz, obgleich vorher in Art. 656 ähnliches in betreff eines anderen Verhältnisses gesagt ist, an dieser Stelle nicht nur nicht, sondern die Einräumung eines solchen Wahlrechtes ist durch dessen Fassung ausgeschlossen, welche bestimmt und vorbehaltlos dem Nachbar ein Zwangsrecht verleiht. Der Art. 655 dagegen, auf welchen sich Art. 656 bezieht, führt keine solche Zwangspflicht ein, sondern regelt nur das Beitragsverhältnis unter Miteigentümern. Sodann beziehen sich die Art. 655, 656 auf gemeinschaftliche Mauern überhaupt, wogegen Art. 663 eine besondere, auf besonderen Gründen beruhende nur für Städte und Vorstädte getroffene Anordnung zum Gegenstande hat.

Nr. 1779. II. Sen. 11. Juni 1880. II. 2. 80. Bd. 2, Nr. 96, S. 364.

Scheidemauer. Art. 653, 660, 661, 663 code civil. (Rhein. R.). A. (Kläger) hat bei Gelegenheit des im Jahre 1874 erfolgten Neubaues seines Wohnhauses eine Giebelmauer desselben auf Nachbareigentum, jedoch auf seine alleinigen Kosten errichtet, demnächst hat der Rechtsvorgänger des B. (Beklagten) an dieselbe angebaut und Balken darin eingelegt; seitdem dient die fragliche Mauer diesem Hause, das noch unvollendet im Jahre 1876 von B. angesteigert worden, als Abschlußmauer. Der Ersatzanspruch des A. an B. auf Zahlung des halben Wertes ist für begründet erachtet. Der Beklagte hat nicht behauptet, daß von seinem Rechtsvorgänger oder von ihm selbst die Gemeinschaftlichkeit jener Mauer in irgend einer Weise erworben sei. Das Prinzip, welches dem Art. 661 code civil zu Grunde liegt, greift auch in Fällen vorliegender Art Platz. Nach Art. 660 code civil konnte der Kläger den Nachbar zwingen, eine gemeinschaftliche Scheidemauer zwischen den Grundstücken auf beiderseitige Kosten zu errichten. Der durch Herstellung der fraglichen Mauer, wenn sie auch ohne vorherige Verständigung mit dem Nachbar erfolgt ist, entstandene Anspruch auf Erstattung des verhältnismäßigen Kostenanteils ist umsomehr bestehen geblieben, als der Rechtsvorgänger des Beklagten und dieser selbst durch Mitbenutzung der Mauer die Errichtung derselben nachträglich genehmigt haben. Nr. 1780.

Nr. 1780. II. Sen. 11. Februar 1881. II. 207. 80. Bd. 4, Nr. 90, S. 343.

Nachbarrecht. Code civil. Art. 655, 661—663. (Rhein. R.). Derjenige, welcher gemeinschaftlich mit seinem Nachbar eine Scheidemauer zwischen den beiderseitigen Grundstücken errichtet hat, kann den Anspruch, den er aus diesem Verhältnisse zu haben behauptet, nicht ohne Weiteres gegen den die Benutzung der Mauer fortsetzenden Besitznachfolger des Nachbarn geltend machen. Der Kläger hat bezüglich der Anlage der Mauer mit dem Nachbarn in einem Vertragsverhältnisse gestanden und es handelt sich um die zwischen denselben streitigen Mehrkosten. Dem Urteil im Falle Nr. 1779 lag ein wesentlich verschiedener Sachverhalt zu Grunde.

Nr. 1781. II. Hilfs-Sen. 21. September 1882. V^a. 480. 81. Bd. 8, Nr. 51, S. 198.

Zwischenraum zwischen zwei Häusern. § 120, I. 8 A.L.R. (Preuß. R.). Das Gesetz macht die Anwendung des § 120 a. a. O. nicht davon abhängig, daß Streit über das Eigentum gerade zwischen den Besitzern der angrenzenden beiden Häuser geführt wird. Nach der Fassung des § 120 a. a. O. enthält derselbe eine unbedingte keineswegs nur für die Grenznachbarn geltende Rechtsregel. Auf sie kann sich daher der Besitzer eines der Häuser auch gegenüber jedem Dritten, der sein Recht bestreitet, berufen.

Nr. 1782. II. Sen. 3. Dezember 1889. II. 229. 89. Bd. 24, Nr. 75, S. 355.

Widerlegung der Vermutung der Gemeinschaftlichkeit einer als Scheidewand zweier Gebäude dienenden Mauer. Art. 653, 654 code civil. (Rhein. R.). Der Gesetzgeber hat durch Art. 654 code civil unter Beseitigung der Vermutungen des alten Rechts die zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung geeigneten Merkmale („s'il n'y a titre ou marque du contraire") genau und erschöpfend bestimmt. Nach dieser Auslegung des Gesetzes ist die streitige Giebelmauer bis zu der Höhe, in welcher beide Gebäude von derselben Vorteil haben, als gemeinschaftlich zu erachten. Die gesetzliche Vermutung des Art. 653 a. a. O. würde allerdings keine Anwendung finden, wenn die Giebelmauer in ihrem gegenwärtigen Zustande bereits vor Einführung des code civil bestanden hätte, vielmehr wäre in diesem Falle das Eigentumsverhältnis nach dem früheren Rechte zu beurteilen, da das Gesetz keine rückwirkende Kraft hat und wohlerworbene Rechte nicht berührt.

Nr. 1783. V. Sen. 5. Oktober 1895. V. 68. 95. Bd. 36, Nr. 55, S. 217.

Recht auf ein Fenster in der gemeinschaftlichen Zwischenmauer zweier Grundstücke. §§ 142ff., I. 8; § 512, I. 9 A.L.R. (Preuß. R.). Durch die Seitenmauer des im Jahre 1893 auf das Haus des Beklagten in der H.-Gasse 35 in Danzig aufgesetzten dritten Stockwerks ist ein zur Beleuchtung der Treppen dienendes Fenster in der diesem Hause zugewandten Giebelmauer des Hauses der Kläger, H.-Gasse 36, trotz deren Widerspruchs vollständig verdeckt worden. Das Fenster bestand seit mehr als dreißig Jahren. Das Berufungsgericht hat den Beklagten verurteilt, den Neubau H.-Gasse 35 oberhalb der Balkenlage der Decke des zweiten Stockwerks so zu ändern, daß man aus dem ungeöffneten jetzt verbauten Treppenfenster des Hauses 36 den Himmel erblicken kann. Auf die Revision des Beklagten ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Vorinstanz zurückverwiesen. Das Berufungsurteil stützt sich auf die Vorschrift des § 142, I. 8 A.L.R. Die Einwendungen des Beklagten, daß der Schutz dieser Vorschrift den Treppenfenstern nicht zukomme und daß das Bestehen des Fensters einer Polizeiverordnung zuwiderlaufe, sind vom Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verworfen worden. Die Angriffe des Revisionsklägers richten sich auch nur gegen die Zurückweisung der weiteren Einwendungen 1. daß das Fenster auf den Schutz der §§ 142, 143 a. a. O. deshalb nicht Anspruch habe, weil die Mauer, in der es angelegt worden, den Parteien gemeinschaftlich gehöre, 2. daß der Treppenraum der Kläger außer diesem Fenster noch Beleuchtung durch Oberlicht habe. Von diesen Angriffen führt zwar nicht der zu 1, wohl aber der zu 2 zur Aufhebung des Berufungsurteils. Zwar ist durch die Ersitzung des Rechts der Kläger auf das Bestehen des Fensters ein Recht der Kläger auf ein gewisses Maß von Lichtzuführung durch das Fenster nicht erworben, wenn nicht ein Untersagungsrecht der Kläger gegen solche Einrichtungen auf dem Grundstücke des Beklagten, durch die die Lichtzuführung beeinträchtigt wird, hinzukommt. Allein des besonderen Erwerbes des Untersagungsrechts *durch Ersitzung* bedurfte es zur Begründung der Klage nicht. Denn wenn die Kläger das Recht auf das Bestehen des Fensters in der gemeinschaftlichen Mauer ersessen haben, so ist auch ein solches Fenster ein „Fenster des Nachbars" im Sinne der §§ 142ff. a. a. O. und es gebührt dann auch für dies Fenster den Klägern der schon durch zehnjähriges Bestehen begründete *gesetzliche* Anspruch auf Licht nach Maßgabe dieser Vorschriften. Die Erfordernisse der dreißigjährigen *Ersitzung* des Rechts auf das Bestehen des Fensters in der vom Beklagten als gemeinschaftlich bezeichneten Mauer (fehlerfreier Besitz während der Ersitzungszeit) sind aber vom Berufungsgericht festgestellt. Insbesondere nimmt das Berufungsgericht mit Recht an, daß der Besitzfehler der Heimlichkeit im Sinne der §§ 99 bis 102, I. 7 A.L.R., nämlich eine *beabsichtigte* Heimlichkeit, nicht vorliege. Die Absicht der Verheimlichung folgt aus der vom Beklagten behaupteten Thatsache, daß das Fenster von seinem Grundstücke aus nicht zu sehen gewesen sei, schon deshalb nicht, weil die Anlage des Fensters an seiner jetzigen Stelle sich vollständig daraus erklärt, daß es gerade an dieser Stelle den Zwecken der Besitzer des Hauses 36 entsprach. Die Revision rügt nun zwar, daß die erwähnte Behauptung des Beklagten aus dem Gesichtspunkte des § 512, I. 9 A.L.R. zu prüfen gewesen wäre, wonach keine Art von Verjährung gegen den anfangen kann, „welcher von seinem Rechte nicht hat unterrichtet sein können", d. h. nach richtiger Auslegung gegen den, der sich in entschuldbarer Unkenntnis von den sein Widerspruchsrecht begründenden Thatsachen, hier von der Anlegung und dem Bestehen des Fensters, befunden hat. Diese Rüge trifft aber nicht zu. Wenn die Mauer zwischen den Häusern der Parteien im Miteigentum des Beklagten steht, so gehörte es zu den Pflichten eines ordentlichen Hausvaters, die Mauer *auf seiner Seite* dahin unter Aufsicht zu halten, daß sich ihrer kein Anderer in unzulässiger Weise bediene, und wenn der Beklagte oder seine Vorbesitzer selbst sich diese Aufsicht erschwert oder unmöglich gemacht haben, indem sie ihr Dach so niedrig an die Mauer ansetzten, daß es von dem jetzt durch das Fenster durchbrochenen Teile der Mauer überragt wurde,

so können sie aus dem von ihnen selbst gewollten Bestehen des Daches eine entschuldbare Unkenntnis von dem, was oberhalb des Daches an der Mauer vorgenommen wurde, nicht herleiten. Von solchen Vorgängen mußten sie durch geeignete Nachforschungen, die auch ohne Betreten des Nachbarhauses möglich waren, Kenntnis nehmen. Was dagegen den Angriff zu 2 betrifft, so erstreckt sich das Fenster der Kläger in die Höhe durch die beiden „Saaletagen", von denen die Vorinstanzen die „Saaletage" im Gegensatze zu der oberen „Saaletage" als das untere Stockwerk im Sinne des § 142, I. 8 A.L.R. ansehen. Mit dem Einwande, daß die Treppe der Kläger auch noch durch Oberlicht beleuchtet werde, kann der Beklagte nur bezielen, daß statt des § 142 der § 143 a. a. O. angewendet, also die Zurückziehung seines Baues nur so weit angeordnet werde, daß der Himmel aus dem ungeöffneten Fenster in der oberen „Saaletage" gesehen werden kann. Der einzige Grund, aus dem das Berufungsgericht diesen Einwand verwirft, daß es nämlich nur darauf ankomme, ob der betreffende Raum noch von einer anderen Seite her Licht habe, ist rechtsirrtümlich. Das Berufungsgericht will durch diesen Entscheidungsgrund Oberlicht und Seitenlicht in Gegensatz bringen und unter den „anderen Seiten" des § 143 nur die horizontalen, oder doch jedenfalls nicht die vertikalen Abschlußwände verstehen. Auf das dafür angezogene Urteil des Reichsgerichts im Falle Nr. 1915 kann diese Auslegung nicht gestützt werden; dort ist nur gezeigt worden, daß das Zurücktreten des Nachbarhauses um das im § 143 bezeichnete Maß auch dann gefordert werden könne, wenn das Verhältnis, für das der Schutz dieser Vorschrift angerufen wird, außer dem Fenster, um dessen Verdeckung es sich handelt, noch von mehr als einer Seite Licht hat. Die Auslegung des Berufungsrichters ist vielmehr zu eng. Der Sprachgebrauch, der alle einen Körper oder geschlossenen Raum begrenzenden Flächen als Seiten bezeichnet und der insbesondere auch eine Oberseite und Unterseite kennt, nötigt zu einer unterschiedlichen Behandlung der vertikalen und der horizontalen Wände nicht. Eine gesetzgeberische Berechtigung ist dafür nicht erkennbar und die Unterscheidung versagt, sobald man an Fenster in schrägen Flächen denkt; bei einer Flächenneigung von genau 45 Grad würde die Entscheidung, ob Seiten- oder Oberlicht, unmöglich sein. Die Auffassung des Berufungsgerichts führt also zu einer neuen Schwierigkeit ganz derselben Art wie diejenige Auffassung, die unter dem „Lichte von einer anderen Seite" des § 143 ein Licht verstehen zu müssen glaubt, das aus einer anderen Richtung kommt als das, um dessen Verbauung gestritten wird, woraus sich dann unlösliche Zweifel darüber ergeben, wo z. B. bei einem Rundbau die andere Richtung anfängt, wie scharf mindestens der Winkel sein muß, in dem die mehreren Fenster zu einander stehen u. s. w. Es ist sonach die Anwendung des § 143 a. a. O. nicht deshalb auszuschließen, weil das Treppenhaus nur noch Oberlicht habe. Da hierauf allein das Berufungsurteil gestützt, im übrigen aber dem Einwande nicht näher getreten ist, so war die Zurückverweisung der Sache in die Berufungsinstanz geboten.

---

§ 72.

2. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

B.G.B. §§ 925—928.

I. 868—873. II. 838—841. III. 909—912. M. III. 299—331. D. 131. E.G. Art. 52—54, 86—88, 119, 126, 127, 129, 143 Abs. 2, 190. Windscheid I. §§ 184, 191. Stobbe I. §§ 79, 91—95. Dernburg I. §§ 181, 184—187, 189—206, 240—244.

Nr. 1784. V. Sen. 19. Juni 1886. V. 116. 86. Bd. 16, Nr. 53, S. 225.

Wirkung der Auflassung. (Preuß. R.). Für die Wirkung der Auflassung macht es keinen Unterschied, ob das Eigentum des Auflassenden vor oder nach Einführung

des Gesetzes vom 5. Mai 1872 über den Erwerb des Eigentums von Grundstücken u. s. w. im Grundbuche eingetragen war. Unter den erworbenen Rechten in § 9 Abs. 2 des E.E.G. muß auch das Eigentumsrecht verstanden werden. Der § 9 Abs 2 a. a. O. ist auch nicht zu beschränken auf den durch Auflassung vermittelten Eigentumsübergang, auch nicht auf diejenigen Eintragungen, welche erst nach dem 1. Oktober 1872 erfolgen; er hat bestimmen wollen, daß mit der Herrschaft des Gesetzes vom 5. Mai 1872 der Glaube an die Richtigkeit des Grundbuches die Wirkung haben soll, daß jeder zu dieser Zeit eingetragene Eigentümer als der wirkliche Eigentümer fingiert wird dergestalt, daß die Rechte, welche er dem gutgläubigen Dritten gegen Entgelt eingeräumt hat, unangefochten bleiben. Um eine Rückanwendung neuer Gesetze auf die Vergangenheit und um die Beseitigung vorher erworbener Rechte (§ 14 Einl. A.L.R.) handelt es sich dabei nicht. Nr. 1840. Nr. 1785. Nr. 1786. Nr. 1752. Nr. 2090.

Nr. 1785. II. Hilfs-Sen. 12. Juli 1880. V^a. 388. 79. Bd. 2, Nr. 84, S. 323.

Eigentumsübergang durch Auflassung. §§ 1, 5, 7, 9 des Gesetzes über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Die Auflassung und Eintragung des Eigentums sind eine juristische Thatsache, der das Gesetz die Wirkung des Eigentumsüberganges beilegt ohne Unterschied, zu welcher Zeit der Auflassende als Eigentümer eingetragen war. Hat also eine Auflassung und Eintragung des Eigentums zur Zeit der Geltung des Gesetzes vom 5. Mai 1872 (nach dem 1. Oktober 1872) stattgefunden, so wirkt sie den vollen Eigentumsübergang auf den neu Eingetragenen nach Maßgabe dieses Gesetzes. Diese Folge tritt auch ein, wenn der die Auflassung erklärende vor dem 1. Oktober 1872 nach Maßgabe der früheren Gesetzgebung als Eigentümer Eingetragene nicht der wahre Eigentümer war. Da neben dem vollen Eigentume des durch Auflassung Erwerbenden das volle Eigentum, das möglicherweise ein Dritter bis zur Auflassung gehabt hat, nicht bestehen kann, so wirkt jene juristische Thatsache zugleich die Aufhebung des Eigentums dieses Dritten. § 6, I. 16 A.L.R. Der frühere wahre Eigentümer kann allerdings die Eintragung des Eigentumserwerbes und deren Folgen anfechten, jedoch nur soweit das bürgerliche Recht ihn hierzu berechtigt, wenn die Auflassung betrügerisch bewirkt und die Eintragung erschlichen ist, also wie jede spätere unter der Herrschaft des neueren Gesetzes geschehene Auflassung und Eintragung. Nr. 1784. Nr. 2182.

Nr. 1786. V. Sen. 19. März 1881. V. 608. 81. Bd. 4, Nr. 74, S. 270.

Anwendung des § 7 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 auf die vor dem 1. Oktober 1872 als Eigentümer Eingetragenen. (Preuß. R). Der Vorderrichter verlangt von dem Kläger als Eigentumskläger den Nachweis des Erwerbes des Eigentums durch Titel und Übergabe, weil er das Eigentum vor Eintritt des Gesetzes vom 5. Mai 1872 erworben und die Eintragung auf Grund solchen Erwerbes erlangt haben will (§ 49 der G.B.O.). Der Kläger beruft sich auf § 7 des Gesetzes vom 5. Mai 1872, wonach der eingetragene Eigentümer schon kraft seiner Eintragung die Klagrechte eines Eigentümers auszuüben befugt ist. Die hiernach geltend gemachte Auffassung von der uneingeschränkten Anwendbarkeit des § 7 a. a. O. auf alle Bucheigentümer hat zwar in der Litteratur Vertreter gefunden, sie steht aber mit der bisherigen gleichmäßigen Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe im Widerspruche. Diese bezieht die ausgesprochenen Legitimationsrechte nur auf die gemäß Gesetzes vom 5. Mai 1872 eingetragenen Eigentümer. Hieran ist festzuhalten. Im übrigen ergiebt sich aus den Motiven ganz klar, daß der Inhalt des § 7 a. a. O. lediglich als Konsequenz der Bedeutung der Eintragung als des neuen Erwerbsaktes betrachtet und ausgesprochen ist und daß also nicht daran gedacht ist, die gleichen Wirkungen mit der Eintragung früheren Rechts zu verknüpfen. Nr. 1784.

Nr. 1787. V. Sen. 8. Februar 1893. V. 252. 92. Bd. 31, Nr. 46, S. 217.

Eigentumserwerb an einem dem öffentlichen Gottesdienste gewidmeten Kirchengebäude. §§ 14, 15, I. 4 A.L.R. §§ 1, 9 Abs. 2 E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). In der Ortschaft B. befindet sich ein von einem Kirchhofe umgebenes Kirchengebäude, über dessen Eigentum zwischen der katholischen Kirchengemeinde daselbst und dem gegenwärtigen Gutsherrn Streit besteht. Nach der Behauptung der klagenden Kirchengemeinde ist die Kirche ein öffentliches Gotteshaus und als solches bis zum Jahre 1878 für den katholischen Gottesdienst der Gemeinde benutzt worden, wogegen der Beklagte sie für eine zum Rittergute gehörige nur gelegentlich zum öffentlichen Gottesdienste benutzte Privatkapelle erklärt. Das Rittergut B. wurde im Jahre 1878 subhastiert und der Hypothekenbank in C. zugeschlagen, von der es der Beklagte gekauft und aufgelassen erhalten hat. In den Steuerbüchern, auf die das Grundstück schon zur Zeit der Subhastation zurückgeführt war, sind der Flächenabschnitt 44, auf dem die Kirche steht, und diese selbst als zum Rittergut gehörig verzeichnet. Die Schlüssel zur Kirche befinden sich im Besitze des Beklagten. In erster Instanz wurde der Beklagte verurteilt, 1. anzuerkennen, daß die in B. befindliche an den Dominialpark anstoßende Kirche nebst dem dazu gehörigen Kirchhofe und dem darauf befindlichen Glockenturme mit zwei Glocken Eigentum der Klägerin ist, 2. die Schlüssel der Kirche an die Klägerin herauszugeben. Das Berufungsgericht wies die Klage ab. Das Berufungsurteil ist, soweit es die Klägerin mit dem Anspruche auf Herausgabe der Kirchenschlüssel abweist, aufgehoben und insoweit die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen. Im übrigen wurde die Revision zurückgewiesen. Da der Beklagte dem Eigentumsanspruche der Klägerin an dem Kirchengebäude, dessen Eigenschaft als eines öffentlichen Gotteshauses in der Vorinstanz für festgestellt angenommen ist, seinen eigenen Eigentumserwerb einwandsweise entgegengesetzt hat, so ist in erster Linie zu prüfen, ob die Eintragung des Eigentumsüberganges auf Grund der Auflassung dem Beklagten das unanfechtbare Eigentum an dem Kirchengebäude nebst dem Kirchhofe und dem Glockenturme verschaffen konnte und verschafft hat (§§ 1, 9 E.E.G. vom 5. Mai 1872). Ist das zu bejahen, so kommt es nicht darauf an, ob das Eigentum der Klägerin schon durch die mit der Subhastation des Rittergutes B. verbundene Präklusion untergegangen war. Fest steht, daß der grundbuchmäßige Bestand des Ritterguts B. den Flächenabschnitt 44 des Katasters mit dem darauf stehenden Kirchengebäude umfaßt, unbestritten hat der Erwerb des Beklagten gegen Entgelt stattgefunden. Es bleiben also für die Revision nur die Fragen: 1. ob die hier zu unterstellende Eigenschaft der Kirche als öffentlichen Gotteshauses dem Eigentumserwerbe des Beklagten rechtsgrundsätzlich entgegenstand, 2. ob der Berufungsrichter den guten Glauben des Beklagten aus richtigen Gesichtspunkten geprüft und unter genügender thatsächlicher Begründung festgestellt hat. Der Berufungsrichter hat die erstgedachte Frage speziell nur in Bezug auf den Eigentumserwerb im Wege der Subhastation behandelt und dort verneint. Seine Gründe treffen aber ebenso den Eigentumserwerb mittels Auflassung. Die Entscheidung der in Rede stehenden Frage kann nur aus den allgemeinen Vorschriften über den Erwerb von Grundeigentum und andererseits aus den Grundsätzen über die durch Gesetz dem Verkehr entzogenen Sachen (res extra commercium) und speziell über die religiösen Zwecken gewidmeten Sachen (res sacrae, religiosae) gewonnen werden. Zutreffend weist der Berufungsrichter darauf hin, daß im modernen Recht hinsichtlich dieser Sachen eine andere Auffassung herrscht als im römischen Recht, wo sie dem menschlichen Eigentum völlig entzogen waren. Vergl. für das gemeine Recht Nr. 4378. Nach A.L.R. stehen Kirchengebäude ausschließend im Eigentum der Kirchengesellschaft, zu deren Gebrauche sie bestimmt sind (§ 170, II. 11 A.L.R.); dasselbe gilt nach § 183 a. a. O. von den zu den einzelnen Kirchen gehörenden Kirchhöfen (Begräbnisplätzen). Damit ist einerseits anerkannt, daß an diesen Sachen ein wirkliches (civilrechtliches) Eigentum besteht, vermöge dessen sie zum Vermögen der betreffenden Kirchengesellschaft gehören (§ 172 a. a. O.), andererseits

ist aber damit nur ausgesprochen, was als Regel gilt. Daß Kirchengebäude, auch wenn sie dem öffentlichen Gottesdienste dienen, im Eigentume weltlicher Korporationen oder Anstalten und selbst von Privatpersonen stehen können, ist nicht zu bezweifeln. Vergl. § 77, II. 19 A.L.R. Können aber Privatpersonen Eigentümer von Kirchengebäuden sein, so können sie es auch werden, d. h. es ist ein Eigentumserwerb an jenen begrifflich nicht ausgeschlossen. Wenn daher Kirchengebäude und andere dem Gottesdienste gewidmete Gegenstände zu den durch Gesetz dem Verkehr entzogenen Sachen (§§ 14, 15, I. 4 A.L.R.) gerechnet werden, so kann dies doch nicht im Sinne einer absoluten Verkehrsunfähigkeit verstanden werden. Es können auch im vorliegenden Falle, wo es sich nicht um eine Veräußerung von seiten der Kirchengemeinde handelt, diejenigen Beschränkungen nicht in Betracht kommen, die deren Organen in der Verfügung über das Kirchenvermögen auferlegt sind. Es kann sich vielmehr nur darum handeln, inwieweit objektiv den Kirchengebäuden nebst Zubehör die Eigenschaft der Verkehrsunfähigkeit anhaftet; das ist aber nicht weiter der Fall, als sich aus ihrer öffentlichrechtlichen Bestimmung ergiebt. Diese darf durch Privatverfügungen nicht aufgehoben oder beeinträchtigt werden; mit dieser Beschränkung ist aber ein Wechsel in der Person des Eigentümers wohl vereinbar (vergl. Motive zum B.G.B. Bd. 3 S. 27). Stand aber dem Eigentumserwerbe des Beklagten an dem streitigen Kirchengebäude nebst Kirchhof rechtsgrundsätzlich nichts entgegen, so kommen die Vorschriften §§ 1, 9 Abs. 2 E.E.G. zur Anwendung; danach aber hat der Beklagte, seine Gutgläubigkeit vorausgesetzt, das Eigentum an den hier streitigen Gegenständen auch dann erworben, wenn nicht schon seine Rechtsvorgängerin das unanfechtbare Eigentum daran gehabt hätte. Was die Gutgläubigkeit des Beklagten betrifft, so sind die Erwägungen des Berufungsrichters frei von Rechtsirrtum und begründen im Sinne des § 259 C.P.O. schlüssig die daraus gewonnene Überzeugung, daß der Beklagte die streitige Kirche als katastermäßigen Bestandteil des Rittergutes B. in gutem Glauben (an die Richtigkeit des Grundbuches) erworben hat. Hiernach erscheint die Abweisung der Klage, soweit sie auf Anerkennung des Eigentums der Klägerin an der Kirche nebst Kirchhof und Glockenturm gerichtet ist, gerechtfertigt. Anders verhält es sich mit dem Antrage auf Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe der Kirchenschlüssel an die Klägerin. Wenn die Kirche dem öffentlichen Gottesdienste der katholischen Kirchengemeinde gewidmet war, so konnte sie dieser Bestimmung durch einen privatrechtlichen Akt, insbesondere durch einen Wechsel im Eigentum, nicht entzogen werden. Das gilt nicht bloß von dem Eigentumserwerb des Beklagten, sondern ebenso von der vorausgegangenen Subhastation, in der die Rechtsvorgängerin des Beklagten das Rittergut B. erstand. Dann ist aber der Beklagte nicht befugt, die Klägerin am gottesdienstlichen Gebrauche der Kirche durch Vorenthaltung der Schlüssel zu verhindern.

Nr. 1788. V. Sen. 23. Juni 1888. V. 108. 88. Bd. 21, Nr. 58, S. 313.

Verpflichtung desjenigen, welcher den Besitz eines Grundstückes infolge mündlichen Vertrages durch Übergabe erhalten hat, gegenüber demjenigen, der es durch Auflassung erworben hat. (Preuß. R.). Die Vorschrift des § 11 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 bezieht sich nur auf Beschränkungen des Eigentümers auf Grund des Eigentumsrechts, nicht auf obligatorische Verpflichtungen. Hier wurde das Eigentum des Verkäufers L. durch den mit dem Beklagten abgeschlossenen und durch Übergabe erfüllten mündlichen Vertrag nicht berührt. Der Verkäufer L. behielt das Eigentum an dem Grundstücke und konnte es mit der Eigentumsklage gegen jeden Besitzer, auch gegen den Beklagten, geltend machen. Daß L. oder seine Erben, wenn sie vom Beklagten das Grundstück zurückforderten, das erhaltene Kaufgeld erstatten mußten, und daß der Beklagte hierbei die Rechte eines gutgläubigen Besitzers beanspruchen durfte, ist eine Wirkung des formlosen teilweise erfüllten Vertrages, gewährt also dem Besitzer nur obligatorische Ansprüche gegen seinen Kontrahenten, beschränkt aber das Eigentums-

recht des Letzteren nicht. Nr. 1744. Ebensowenig kann der Beklagte gegenüber dem Kläger, der das Grundstück von den im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Erben des L. gekauft und die Auflassung erhalten hat und nun die Herausgabe der inzwischen von dem Beklagten aus dem Grundstücke gezogenen Nutzungen verlangt, sich auf die Vorschriften über das Zurückbehaltungsrecht (wegen der Zinsen des von ihm an L. gezahlten, ihm später zurückgezahlten Kaufgeldes) stützen. Der Kläger gehört als Singularsuccessor, der die Sache gegen Entgelt erworben hat, im Sinne des § 546, I. 20 A.L.R. zu den Dritten. Der Kläger ist berechtigt, die vom Beklagten gezogenen Nutzungen, die omnis causa, zu fordern, sofern nicht der Beklagte als redlicher Besitzer nach § 189, I. 7 A.L.R. das Eigentum an den Früchten und Nutzungen beanspruchen kann. Dieser Anspruch steht ihm nicht zu. Legt man die Vorschriften §§ 7, 10, 11, 13, 14, I. 7; §§ 131, 132, I. 2; § 2, I. 9 A.L.R. zu Grunde, so ergiebt sich, daß der Beklagte während der hier fraglichen Zeit nicht redlicher Besitzer war. Denn nach § 1 des E.E.G. wird im Falle einer freiwilligen Veräußerung das Eigentum an einem Grundstücke nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigentumsüberganges im Grundbuche erworben. Der Beklagte mußte daher wissen, daß der mündliche Vertrag trotz der hinzugekommenen Übergabe keinen gültigen Titel dafür bilden konnte, daß er das Grundstück als sein eigen besitzen durfte. Sein etwaiger Irrtum über die Wirkung von Vertrag und Übergabe war ein Rechtsirrtum, welcher ihn zu einem unrechtfertigen Besitzer machte. Selbst in diesem Falle haftete er für die Herausgabe der von ihm gezogenen Nutzungen (§§ 14, 223, I. 7 A.L.R.). Hieran ändert auch nichts die Bestimmung des § 163, I. 5 A.L.R. Dies Gesetz bezieht sich nur auf den in den §§ 156 ff., I. 5 A.L.R. behandelten Fall, wenn ein ganz oder teilweise erfüllter formwidriger Vertrag aufgerufen wird, und bestimmt, daß der vertragstreue Kontrahent in Ansehung der an den Anderen zu leistenden Rückgabe die Rechte eines redlichen Besitzers haben soll. Es befindet also über den Umfang der Verpflichtung des einen (vertragstreuen) Kontrahenten und stellt als Maßstab dafür auf, daß er dieselben Rechte haben soll, welche dem redlichen Besitzer gegenüber der Vindikation des Eigentümers zustehen. Für die Annahme, daß der bei einem ungültigen Vertrage Beharrende zum Lohne für seine Vertragstreue im Gegensatze zu den Vorschriften der §§ 10 ff. I. 7 A.L.R. redlicher Besitzer werden soll, auch wenn er die Ungültigkeit seines Titels kannte oder kennen mußte, und daß er ferner die einem redlichen Besitzer beigelegten Befugnisse nicht bloß dem anderen Kontrahenten, sondern auch dem Dritten gegenüber, welcher die Sache kraft seines Eigentums, nicht wegen Ungültigkeit des Vertrages fordert, in Anspruch nehmen dürfe, bietet der § 163 a. a. O. keinen Anhalt. Die Kenntnis des Sachverhaltes hinderte den Kläger nicht am Erwerbe des Grundstücks. § 4 des E.E.G. Nr. 1790. Nr. 1869.

Nr. 1789. V. Sen. 25. November 1891. V. 182. 91. Bd. 28, Nr. 78, S. 349.

Kollision der Eigentumseintragung auf Grund einer Auflassung mit der gegen den vorigen Eigentümer erwirkten, vor der Auflassung beantragten, aber erst nach ihr, jedoch vor Eintragung des Eigentumsüberganges verfügten und ausgeführten Eintragung. § 45, § 48 Abs. 3 der G.B.O. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Es handelt sich um die Frage, ob der Grundbuchrichter, nachdem er die Auflassung entgegengenommen, vor Eintragung des Eigentumsüberganges noch ein mit dem eingetragenen Eigentum kollidierendes Recht für einen Dritten rechtswirksam eintragen bezw. vormerken kann. Diese Frage ist mit Recht verneint worden, sofern es sich um ein erst nach erfolgter Auflassung eingegangenes Eintragungsgesuch oder Ersuchen handelt. Denn der bisher Eingetragene hat durch den Auflassungsakt, an den nach § 48 Abs. 3 der G.B.O. die Eintragung des Eigentumsüberganges unmittelbar sich anschließen muß, der Verfügung über das Grundstück sich endgültig begeben. Mit der Entgegennahme der Auflassung ist das Grundbuch für weitere Dispositionen des bis-

herigen Eigentümers und aus dessen Recht geschlossen. Anders liegt die Sache hier. Als die Auflassung an den Kläger erfolgte, lag bereits das am Tage zuvor eingegangene Ersuchen an das Amtsgericht um Eintragung der Vormerkung zur Sicherung des Rechts auf Auflassung für den Kläger seitens des die Eintragung der Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung anordnenden Prozeßgerichts vor und hätte schon vor Entgegennahme der Auflassung erledigt werden können. Es hat sich also nicht, wie in den oben erwähnten Fällen, eine neue vom bisherigen Eigentümer ausgegangene oder diesem gegenüber erzwungene Verfügung über das Grundstück zwischen die Auflassung und die Eintragung des Eigentumsüberganges gedrängt; vielmehr fällt diese Verfügung in die Zeit vor der Auflassung und harrte nur der geschäftlichen Erledigung durch den Grundbuchrichter, zu der dieser nach Maßgabe des § 45 a. a. O. verpflichtet war und blieb. Die Vorschrift des Abs. 3 des § 48 a. a. O. hat neben ihrer instruktionellen nur die materielle Bedeutung, daß der Zusammenhang zwischen der Auflassung und der Eintragung des Eigentumsüberganges nicht durch kollidierende Dispositionen zerrissen werden darf, daß kein Eingriff in das schwebende Rechtsverhältnis, das mit der Eintragung des Eigentums sich vollendet, zugelassen wird. Ein solcher Eingriff liegt aber nicht vor, wenn das mit dem einzutragenden Eigentume kollidierende Recht bereits vor der Auflassung zur Eintragung reif war. Ist die Auflassung entgegengenommen, bevor ein dasselbe Grundstück belastendes älteres Eintragungsgesuch erledigt ist, so kann der Grundbuchrichter nur der durch § 45 a. a. O. gegebenen Richtschnur folgen, wonach für die Reihenfolge der Eintragungen der Zeitpunkt des Einganges der betreffenden Gesuche bei dem Grundbuchamte maßgebend ist. Nr. 1737.

Nr. 1790. II. Hilfs-Sen. 8. Juli 1880. V^a. 301. 79. Bd. 2, Nr. 81, S. 308.

Auflassung. Besitz. (Preuß. R.). Der eingetragene Besitzer A. verkaufte und übergab das Grundstück im Jahre 1874 dem B., B. verkaufte und übergab es alsbald an C., der mit seiner Ehefrau in Gütergemeinschaft lebt. Beide besitzen das Grundstück noch jetzt. Die Auflassung sollte sofort erfolgen, ist aber nicht geschehen, obwohl im Jahre 1876 B. verurteilt war, dem C. die Auflassung zu erteilen. Vielmehr hat D. im Jahre 1877, während er von jenen beiden Verkäufen Kenntnis hatte, von A. und B. das Grundstück aufgelassen erhalten. Die Klage des D. gegen die Eheleute C. auf Anerkennung seines Eigentums und Einwilligung in die Besitznahme des Grundstückes ist für begründet erachtet. Es handelt sich nicht um Feststellung des Rechtsverhältnisses der Beklagten gegenüber ihrem Kontrahenten oder einem Dritten; es ist somit ohne Belang, ob die Beklagten gegenüber diesen Personen die Rechte eines redlichen Besitzes in Anspruch nehmen können. Gegenüber dem eingetragenen Besitzer haben sie dergleichen Rechte nicht. Die im A.L.R. Teil 1 Titel 7 über den redlichen Besitz gegebenen Vorschriften stehen mit der Konstruktion des Eigentumserwerbes durch titulus und modus acquirendi im engsten Zusammenhange. Nach § 1 des Eigentums-2c.-Gesetzes vom 5. Mai 1872 wird im Falle einer freiwilligen Veräußerung das Eigentum an einem Grundstück nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigentums im Grundbuche erworben, und es genügt der Besitz überhaupt nicht mehr, um das Eigentum zu verschaffen. Ist er aber nicht mehr die Erwerbsart für die Erlangung des Eigentums, so kann auch dem redlichen Besitze nicht die rechtliche Bedeutung beiwohnen, die er früher in Bezug auf den Eigentumserwerb hatte. Auch konnte der Vorderrichter die Beklagten, auch wenn sie sich für solche hielten, die auf Grund eines gültigen Titels besaßen, für unrechtfertige Besitzer um deshalb erachten und ihnen die Rechte eines redlichen Besitzers absprechen, weil der beklagte Ehemann gegenüber dem eingetragenen Eigentümer wußte oder wissen mußte, daß er weder Eigentümer sei noch es auf Grund des Vertrages und der Übergabe werden konnte (§ 19, I. 4 A.L.R.). Die Vorschriften §§ 24—27, 29, I. 15 A.L.R.

setzen den Erwerb der Sache voraus, der hier nicht vorliegt, da die Beklagten die Auflassung nicht erhalten haben. Nr. 1812. Nr. 1788.

Nr. 1791. I. Hilfs-Sen. 29. Juni 1880. IV a. 399. 79. Bd. 2, Nr. 78, S. 293.

Mündliche Nebenabreden. Auflassung. § 10 des Gesetzes über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Ob der im § 10 a. a. O. sanktionierte Rechtsgrundsatz auch auf die in den §§ 127—129, I. 5 A.L.R. gedachten mündlichen Nebenabreden zu schriftlichen Verträgen zu beziehen ist, mag nicht unbedenklich erscheinen. Das vormalige preußische Obertribunal hat diese Frage in mehreren Entscheidungen bejaht. (Vergl. Entscheidungen des Obertribunals Bd. 81 S. 9, Striethorst Arch. Bd. 99 S. 317.) Es nimmt an, der Zweck des A.L.R., die Rechts- und Willensgewißheit durch Nichtberücksichtigung mündlicher Nebenabreden möglichst festzustellen, sei im § 10 a. a. O. aufgegeben. Werde durch die Auflassung der Formmangel des zu Grunde liegenden obligatorischen Geschäfts geheilt, so könne allein der Vertragswille, gleichviel in welcher Form er zum Ausdruck gebracht sei, für die Gegenleistung maßgebend sein. Der Vertragswille sei aber ein einheitlicher und in den Nebenbestimmungen ebenso wirksam als in den Essentialien des Geschäfts. Die entgegenstehende Ansicht würde zu dem Ergebnis führen, daß dem nur mündlich geschlossenen Vertrage eine größere Wirksamkeit beiwohnte, als dem teils mündlich teils schriftlich zustande gekommenen, was vom Gesetze nach seinem Grunde und Zwecke nicht gewollt sein könne. Von dieser Auslegung des § 10 a. a. O. abzuweichen, liegt kein Anlaß vor.

Nr. 1792. V. Sen. 20. November 1886. V. 298. 86. Bd. 16, Nr. 61, S. 267.

Heilung des Formmangels durch Auflassung. (Preuß. R.). Gemäß § 10 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 wird durch die Auflassung die mangelnde Form des Geschäfts, in dessen Veranlassung die Auflassung erfolgt ist, geheilt, und diese Bezeichnung des Geschäfts ist so allgemein, daß dadurch nicht allein diejenigen Geschäfte getroffen werden, bei welchen die Leistung des einen Teils durch die Auflassung erschöpft wird, sondern daß darunter auch solche Geschäfte fallen, bei welchen die Auflassung nur einen Teil der Leistung des zur Auflassung Verpflichteten darstellt, vorausgesetzt, daß nicht noch eine andere Auflassung als Erfüllung des Vertrages aussteht. Wer also die ihm vertragsmäßig obliegende Auflassung erklärt, wird dadurch nicht allein zur Forderung der Gegenleistung berechtigt, sondern auch verpflichtet, die ihm durch den Vertrag neben der Auflassung aufgelegten Leistungen zu gewähren, sofern die Abreden darüber in den Rahmen des Gesamtveräußerungsvertrages fallen.

Nr. 1793. V. Sen. 22. April 1893. V. 9. 93. Bd. 31, Nr. 49, S. 230.

Heilung von Formmängeln durch die Auflassung, wenn durch diese eine Reihe von Veräußerungsverträgen erfüllt wird, bezüglich aller dieser Rechtsgeschäfte. (Preuß. R.). Der Beklagte kaufte durch den notariellen Vertrag vom 1. Oktober 1888 von den Geschwistern W. ein Grundstück in Berlin und verkaufte davon alsbald die Baustellen 1—7 an den Bauunternehmer H. Für diesen wurde das Eigentum an den Parzellen im Grundbuche eingetragen, nachdem ihm die Geschwister W. unmittelbar die Auflassung erteilt hatten. Der Kläger behauptet nun, daß zwischen H. und dem Beklagten vor und bei Abschluß des schriftlichen Vertrages mündlich verabredet worden sei, daß der Beklagte, falls von H. oder seinen Rechtsnachfolgern bei Nachsuchung der Bauerlaubnis verlangt werden sollte, auf dem Vorlande des Grundstücks Gartenanlagen herzustellen oder zu unterhalten, für diese Last aufzukommen und den Käufer davon zu befreien habe. Da das Polizeipräsidium die Bauerlaubnis von Anlegung eines Vorgartens abhängig gemacht und nur dann hiervon absehen zu wollen erklärt hat, wenn das Vorland der Stadtgemeinde aufgelassen und bürgersteigartig befestigt werde, so ist der Kläger der Meinung, daß dem Beklagten die Verpflichtung erwachsen sei,

seinen Abkäufer H. von dieser Verbindlichkeit zu befreien Von H. hat der Kläger die Baustellen 1—6 zu Eigentum erworben und dann, gestützt auf eine Cession, wonach er die dem H. aus dem Vertrage wegen dieser Trennstücke zustehenden Ansprüche abgetreten erhalten, beantragt, den Beklagten zu verurteilen, ihn von der Last und Verbindlichkeit, das vor der Baufluchtlinie unbebaut liegende Terrain auf dem Grundstücke 1—6 gegen den Bürgersteig und die angrenzenden Nachbargrundstücke mit einem eisernen Gitter einzufriedigen und dauernd als Garten zu unterhalten oder das Terrain, nachdem es bürgersteigartig befestigt worden, an die Stadtgemeinde Berlin abzutreten, nach Wahl des Klägers zu befreien. Der erste Richter hat dem Antrage entsprochen, der Berufungsrichter aber abändernd die Klage abgewiesen. Auf die Revision des Klägers ist das Berufungsurteil aufgehoben. Die Entscheidung des Berufungsrichters verstößt gegen § 10 des E.E.G. vom 5. Mai 1872. Er geht von der richtigen Ansicht aus, daß das vom Kläger behauptete Abkommen als eine mündliche Nebenabrede im Sinne des § 128, I. 5 A.L.R. aufzufassen ist, die nicht den Vorschriften des H.G.B. unterliegt und die nur dann als rechtsgültig angesehen werden kann, wenn die hinzugetretene Auflassung den Erfordernissen des § 10 E.E.G. entspricht. Auch darin ist dem Berufungsrichter beizutreten, daß diese Gesetzesvorschrift nicht nur auf bloß mündliche Verträge Anwendung findet, sondern auch auf unvollständige schriftliche Verträge, und daß deshalb auch die vom Kläger behauptete mündliche Nebenabrede Gültigkeit erlangt hat, wenn der Hauptvertrag durch Auflassung des darin verkauften Grundstücks erfüllt worden ist. Dagegen geht der Berufungsrichter fehl, wenn er im vorliegenden Falle die Voraussetzungen des § 10 E.E.G. vermißt. Nach § 9 a. a. O. kann die Eintragung des Eigentumsüberganges nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts angefochten werden. Die Gesetzesvorschrift in § 10 das. hat eine doppelte Tragweite: sie schützt in erster Reihe den Eigentumserwerb gegen jede Anfechtung, die aus der mangelhaften Form des ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts hergeleitet werden könnte, und sichert in zweiter Reihe die Rechte der Kontrahenten, die aus dem formlosen Rechtsgeschäfte fließen, die aber sonst wegen Formmangels nicht klagbar sein würden. Voraussetzung der Vorschrift ist hiernach, daß sich der Gegenstand der Auflassung mit dem des Vertrages deckt und die Auflassung dazu dient, den Vertrag zu erfüllen. Dies wird auch vom Berufungsrichter nicht verkannt; er faßt aber das letztere Erfordernis zu eng auf, wenn er meint, daß die bei der Auflassung thätigen Personen in allen Fällen mit den Vertragskontrahenten identisch sein müßten. Im Verkehr mit Grundstücken ist es üblich, daß die Auflassung, sobald mehrere Kaufverträge über denselben Gegenstand hintereinander geschlossen worden, zur Ersparung von Weiterungen und Kosten mit Übereinstimmung aller Beteiligten von dem ersten Verkäufer unmittelbar an den letzten Käufer geschieht, und es würde den Interessen des Verkehrs und der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen, wenn man hier aus dem Grunde, weil nicht jeder Vertrag besonders durch Auflassung vollzogen ist, die geschehene Auflassung, obwohl sie sonst allen Erfordernissen des Gesetzes und dem Willen der Beteiligten entspricht, der Anfechtung wegen Formmangels des Vertrages unterwerfen und der ganzen Reihe der zu Grunde liegenden Verträge den Schutz des § 10 E.E.G. versagen wollte. Im vorliegenden Falle kommen zwei Kaufverträge in Betracht. Durch den ersten haben die Geschwister W. die Grundstücke an den Beklagten, durch den zweiten hat dieser sie an den H. verkauft. Die Auflassung ist von den Geschwistern W. unmittelbar an H. erfolgt und zwar, wenn die Behauptung des Klägers richtig ist, im Einverständnisse sämtlicher Vertragschließenden. Im Wesen der Auflassung liegt es, daß nur die Geschwister W. und H. dabei thätig sein konnten. Dies schließt aber nicht aus, daß durch den Auflassungsakt und die sich diesem anschließende Eigentumseintragung beide Kaufverträge, die über das Grundstück vom Beklagten geschlossen waren, zugleich erfüllt wurden. Bei dem ersten Vertrage bestand seine Verpflichtung darin, seinen Verkäufern, den Geschwistern W., die gekaufte Sache a b z u n e h m e n;

ein Anspruch, daß der Beklagte Eigentümer der Grundstücke würde, war jenen aus dem Vertrage nicht erwachsen, dem Beklagten blieb vielmehr unbenommen, die Befugnisse, die ihm das obligatorische Verhältnis einräumte, selbst oder durch einen Anderen auszuüben. Diesen Vertrag erfüllte er dadurch, daß auf seine Anweisung die Geschwister W. die Grundstücke an H. aufließen und so durch ihn ihres Eigentums daran entledigt wurden. Durch den zweiten Vertrag war der Beklagte verpflichtet, seinem Käufer H. das Eigentum an den verkauften Parzellen zu verschaffen. Wer ihm das Eigentum übertrug, war für H. ohne Interesse, wenn es nur in Erfüllung des Vertrages ihm gewährt wurde. Der Beklagte erfüllte daher seine Verpflichtung gegen H. dadurch, daß er die Geschwister W. anwies, das Eigentum unmittelbar auf jenen zu übertragen, und diese dem Auftrage nachkamen. Es ergiebt sich hieraus, daß der Beklagte durch die Auflassung, wenn sie auf seine Anweisung geschehen ist, gleichzeitig beide Kaufverträge erfüllt hat. Daraus folgt aber weiter, daß dann nicht bloß der erste, sondern auch der zweite Vertrag nach § 10 E.E.G. zu beurteilen sind und der Beklagte Formmängel, an denen der letztere leidet, vorzuschützen nicht befugt ist. In dem Urteile des IV. Senats vom 30. Mai 1883 hatten die Beklagten das Rechtsgeschäft durch einen Bevollmächtigten abgeschlossen, dieser aber hatte die Auflassung im eigenen Namen entgegengenommen und für sich die Eigentumseintragung erlangt. Der Vertrag war daher durch Auflassung an den anderen Kontrahenten nicht erfüllt und dadurch die Anwendung des § 10 a. a. O. ausgeschlossen. Ebensowenig steht ein Urteil des V. Senats vom 26. November 1887 entgegen. Dort ist zwar der Satz ausgesprochen, daß unter dem im § 10 a. a. O. erwähnten Rechtsgeschäfte nur das der Auflassung zu Grunde liegende Geschäft zwischen den Parteien zu verstehen sei, zwischen denen das Auflassungsgeschäft vorgenommen wird, nicht aber ein Geschäft, das einer der beiden Auflassungskontrahenten mit einem Dritten eingegangen ist. Aber die vorliegende Frage zu erörtern, lag damals keine Veranlassung vor. Denn jener Fall unterscheidet sich insofern von dem jetzigen, als der Kläger damals das von ihm erkaufte Grundstück dem Auflassungsempfänger nicht weiter verkauft, sondern, um der Verpflichtung gegen seinen Verkäufer ledig zu werden, zwischen diesem und dem Auflassungsempfänger einen neuen Kaufvertrag vermittelt hatte, und daß auf Grund dieses Vertrages die Auflassung erfolgt war.

Nr. 1794. III. Sen. 12. Februar 1895. III. 278. 94. Bd. 35, Nr. 43, S. 175.

Nichtheilung des Formmangels der im Kaufvertrage vom Verkäufer zur Vornahme der Auflassung erteilten Vollmacht durch die erfolgte Eintragung des Käufers in das Grundbuch. § 10 E.E.G. vom 5. Mai 1872 (Preuß. R.). Der zwischen den Parteien abgeschlossene und von den Klägern angefochtene Kaufvertrag trägt die notariell beglaubigten Unterschriften der beiden Kläger als Verkäufer und des Beklagten als Käufers. Außer den Kaufbedingungen enthält er im § 6 eine Vollmacht, wodurch die Kläger den Gerichtsdiener K. ermächtigen, für sie vor dem Grundbuchamte die Auflassungserklärung abzugeben. Dies ist durch K. geschehen und darauf der Beklagte als Eigentümer im Grundbuche eingetragen. Die Kläger bestreiten nun die Rechtsgültigkeit des Kaufvertrages, der Vollmacht und der Eintragung, weil der eine Mitkläger nicht schreiben könne; seine Unterschrift sei nur dadurch ermöglicht worden, daß der beglaubigende Notar ihm die Hand geführt habe. Ohne den dafür angebotenen Beweis zu erheben, hat das Berufungsgericht den Formmangel des Vertrages als durch die erfolgte Auflassung geheilt, daher den Vertrag und die Auflassung als formell rechtswirksam angesehen. Diese Begründung ist nicht frei von Rechtsirrtum. Es ist zwar richtig, daß nach § 10 E.E.G. vom 5. Mai 1872 durch die Auflassung die Formmängel des die Auflassung veranlassenden Rechtsgeschäfts geheilt werden; weiter geht aber die Wirkung nicht. Nur der Kaufvertrag ist das Rechtsgeschäft, wodurch die Auflassung veranlaßt ist, nicht die nur äußerlich damit verbundene Vollmacht. Auch diese

erfordert schriftliche Form, die, wenn der Mitkläger wirklich Analphabet ist, nach §§ 172 ff. I. 5 A.L.R. nicht gewahrt sein würde. Fehlte es aber an einer gültigen Vollmacht, so kann an sich die Auflassung von den Klägern wirksam angefochten werden; damit würde auch die heilende Wirkung des § 10 a. a. O. beseitigt, dann aber der Kaufvertrag wegen ungenügender Form ungültig sein, ohne daß es auf die Simulation ankäme. Daß der Grundbuchrichter auf Grund der äußerlich genügende Unterschriften tragenden und notariell beglaubigten Urkunde die Auflassungserklärung entgegennehmen und die Umschreibung vornehmen durfte, ändert daran nichts.

Nr. 1795. II. Hilfs-Sen. 8. Juli 1880. V^a. 228. 79. Bd. 2, Nr. 71, S. 258.

Erwerb gegen Entgelt. (Preuß. R.). Der Ausdruck „Entgelt" in § 9 Abs. 2 des Eigentumserwerbs- u. s. w. Gesetzes vom 5. Mai 1872 ist nicht bloß von einer vertragsmäßig bedungenen Gegenleistung, sondern in einem weiteren Sinne zu verstehen. Unter der Unentgeltlichkeit des Erwerbers ist die bloße Bereicherung des Erwerbers gemeint. Der eigentliche Sinn der gedachten Bestimmung ist der, daß die bloße Bereicherung des Erwerbers ebensowenig Bestand haben soll wie der unredliche Erwerb. Ein Erwerb gegen Entgelt im Sinne der gedachten Vorschrift ist danach immer anzunehmen, wenn derselbe durch eine entsprechende Vermögensverminderung in der Person des Erwerbers aufgewogen wird oder lediglich bezweckt, einen anderen entgeltlichen Erwerb desselben zu sichern. Ein entgeltlicher Erwerb liegt selbst in dem nachträglichen Erwerbe einer Hypothek für eine bereits früher gegen Entgelt erworbene Forderung, wenngleich für die Hypothekbestellung eine besondere Gegenleistung nicht gewährt wird. Die Forderung und das lediglich accessorische Recht der Hypothek erscheint dabei nur als ein zusammengehöriges, einheitliches Recht und der für die Forderung gewährte Entgelt daher zugleich mit als Entgelt der Hypothek. Was in dieser Beziehung von vertragsmäßig bestellten Hypotheken gilt, muß ebenso von Exekutionshypotheken gelten. Daß nicht die endgültige Eintragung der Hypothek, sondern nur ihre Vormerkung erfolgte, ändert hieran nichts. Nr. 4130. Nr. 4118. Nr. 1819. Nr. 2018.

Nr. 1796. V. Sen. 27. Februar 1884. V. 325. 83. Bd. 11, Nr. 62, S. 275.

Eigentumserwerb durch Zuschlag bei unrichtiger Eintragung im Grundbuche. §§ 13, 14, 43, 47 Subhastationsordnung vom 15. März 1869. § 16 des Gesetzes betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 4. März 1879. § 834 C.P.O. (Preuß. R.). Das versteigerte Grundstück hatte bereits vor Einleitung der Subhastation und hat auch noch jetzt zwei verschiedene Blätter im Grundbuche. Es wurde vor Einleitung der Subhastation an den Beklagten veräußert und aufgelassen und als dessen Eigentum auf einem jener Blätter eingetragen, während es auf dem anderen Blatte als Eigentum des Veräußerers stehen blieb. Gegen diesen wurde es zusammen mit anderen auf demselben Blatte eingetragenen Parzellen zur Subhastation gebracht, bei welcher der Hypothekenschein über das Grundbuchblatt zum Anhalte diente, auf welchem der Subhastat als Eigentümer verzeichnet war. Eine Zuziehung des Beklagten zum Verfahren unterblieb; derselbe hat sich auch auf das Aufgebot der unbekannten Realberechtigten nicht gemeldet. Das Grundstück ist dem Kläger zugeschlagen, letzterer auch als Ersteher im Grundbuche eingetragen. Der Beklagte, der sich im Besitze befindet, verweigert die verlangte Herausgabe und beantragt widerklagend die Verurteilung des Klägers, das Eigentum des Beklagten anzuerkennen und in die Löschung der betreffenden Eigentumseintragung zu willigen. Unter Aufhebung des dem Beklagten ungünstigen Urteils hat das Reichsgericht den Kläger abgewiesen und ihn nach der Widerklage verurteilt. Rechtsirrtümlich ist die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Beklagte durch das im Subhastationspatent enthaltene Aufgebot und die mit dem Zuschlagsbescheide verbundene Präklusoria betroffen worden sei und deshalb sein Eigentum verloren habe. Eine Präklusion unbekannter Realberechtigter trifft nicht ein, wenn in der

öffentlichen Aufforderung das betreffende Grundstück ungenügend bezeichnet worden ist. Das Gesetz verlangt im § 13 Nr. 2 Subhastationsordnung vom 15. März 1869 eine Bezeichnung, welche genügt, das Grundstück von anderen zu unterscheiden. Die dem Grundbuche entnommene Bezeichnung paßte nicht auf das Grundstück des Beklagten. Das Zuschlagsurteil schafft, wie jedes andere Urteil nur Recht unter den Parteien, berührt im Subhastationsverfahren also nur diejenigen, denen gegen dasselbe das Rechtsmittel der Beschwerde zusteht. Dazu gehören neben dem Bieter und Ersteher nach § 47 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 nur die im § 14 daselbst aufgeführten Subhastationsinteressenten, zu welchen die unbekannten Realberechtigten nicht zählen. Der Kläger kann sich auch nicht auf den Glauben des Grundbuches berufen. Darin war sowohl der Subhastat wie auch der Beklagte als Eigentümer desselben Grundstückes eingetragen. In einem solchen Falle, in dem die Beurkundungen des Grundbuches sich widersprechen, hat weder die eine noch die andere den öffentlichen Glauben für sich. Nr. 1750.

Nr. 1797. V. Sen. 24. September 1887. V. 137. 87. Bd. 19, Nr. 61, S. 321.

Eigentumsübergang durch gerichtlichen Verkauf. Kenntnis des Erstehers vom älteren Titel eines Dritten. (Preuß. R.). In den Entscheidungsgründen des Berufungsrichters wird ausgeführt, der Subhastationsrichter habe keine Bestimmung darüber getroffen, ob die streitigen Gegenstände mit dem Gute zum Verkaufe gestellt werden sollten, vielmehr dahingestellt sein lassen, ob diese Rechtswirkung kraft Gesetzes eintrete. Der Berufungsrichter folgert, daß mithin die allgemeinen Grundsätze über Kaufverträge zur Anwendung kommen. Zu diesen rechnet er die Vorschriften der §§ 24, 25, I. 10 A.L.R. Da hier der Beklagte zur Zeit der Versteigerungstermines des Grundstücks den in der stattgehabten gerichtlichen Auktion erfolgten Ankauf der streitigen Sachen durch den Kläger kannte, so habe sich der Beklagte nicht in gutem Glauben befunden und also auch nicht durch das Zuschlagsurteil das Eigentum an den Sachen erworben. Diese Entscheidung verstößt gegen Rechtsgrundsätze. Wenn auch der Kläger durch den Ankauf in der Auktion das Eigentum an den streitigen Gegenständen erworben hatte, so blieben sie nach § 30 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 den Pfandgläubigern bis zur räumlichen Trennung von dem Gute verhaftet und konnten von ihnen mit dem Gute zum Verkaufe gestellt werden. Unstreitig haben die Sachen vor der Auktion dem früheren Besitzer des Gutes gehört. An der Verkaufsbefugnis der Gläubiger ist auch durch das Gesetz vom 13. Juli 1883 nichts geändert. Aus §§ 1, 16 des cit. Gesetzes folgt, daß die Kenntnis des Eigentumswechsels an den streitigen Sachen, sofern sie als Zubehör des verkauften Grundstücks anzusehen waren, allein den Ersteher nicht in bösen Glauben versetzen konnte. Hier lagen die thatsächlichen Grundlagen zur Anwendung der §§ 24, 25, I. 10 A.L.R. nicht vor Wenn der Eigentumswechsel allein das Pfandrecht an den Pertinenzien nicht aufhob, so konnte nach § 445, I. 20 A.L.R. dies auch nicht bei gerichtlich verkauften und auf dem verpfändeten Grundstücke verbliebenen Pertinenzien der Fall sein, da der Eigentumsübergang durch gerichtlichen Verkauf keine anderen Rechtswirkungen als die durch Privatverkauf und Tradition eintretenden erzeugt. Nr. 3793.

Nr. 1798. V. Sen. 1. November 1890. V. 148. 90. Bd. 27, Nr. 48, S. 199.

Mündlicher Kaufvertrag über Grundstücke als geeigneter Titel für die Ersitzung. Vollendung der Ersitzung eines Grundstücks gegen die Erben des eingetragenen Eigentümers nach dem Inkrafttreten des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 (§ 6). (Preuß. R.). Unter dem im § 579, I. 9 A.L.R. gedachten Titel ist ein solcher zu verstehen, welcher als formell und materiell rechtsgültiger Rechtsgrund den thatsächlichen Besitz von Anfang an zum Rechtserwerbe gemacht haben würde, wenn der Mangel im Rechte des Auktors nicht vorhanden gewesen wäre. Ein derartiger Titel ist der

mündliche Vertrag in den Fällen, wo das Geschäft Schriftform verlangt, nicht. Der Kläger kann deshalb sein Eigentum an dem streitigen Ackerstücke auf die ordentliche Ersitzung nicht stützen, und es kommt sonach nur in Frage, ob die Erfordernisse der außerordentlichen Ersitzung vorhanden sind. Die Voraussetzungen des § 625, I. 9 A.L.R. treffen hier zu. Ein Bedenken gegen die Redlichkeit ist nicht angeregt. Der Umstand, daß der Käufer nach Beginn der Ersitzung zum Vormunde der minderjährigen Kinder des verstorbenen Verkäufers bestellt worden ist, hat die Fortsetzung derselben nicht unterbrochen (§ 530, I. 9. A.L.R.). Auch der § 511, I. 9 A.L.R. steht dem Anfange der Ersitzung nicht entgegen, weil das darin ausgesprochene Verbot sich nur auf dingliche Rechte an eingetragenen Grundstücken, nicht auf das Eigentum selbst bezieht. Nr. 1800 Nach § 6 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 soll ferner gegen denjenigen, der als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen ist, die Ersitzung nicht stattfinden. Ob die Eintragung nach dem früheren Recht oder nach dem Inkrafttreten des E.E.G. erfolgt ist, macht keinen Unterschied, denn die Absicht des Gesetzgebers war Ausschluß der Ersitzung als Erwerbsart des Eigentums gegen den eingetragenen Eigentümer. Das Reichsgericht hat aus dieser Auffassung des Gesetzes gefolgert, daß auch die Vollendung einer nach früherem Rechte begonnenen Ersitzung seit dem 1. Oktober 1872 nicht mehr zulässig ist, weil nach dem Inkrafttreten des E.E.G. die Möglichkeit der Rechtsbildung nur nach dessen Vorschriften zu beurteilen sei. Nr. 1800. Im gegebenen Falle hat jedoch eine Umschreibung des Eigentums nach dem Tode des Verkäufers K. auf seine Erben nicht stattgefunden. Die Entscheidung der Sache hängt deshalb von der Frage ab, ob die gegen K. rechtsgültig begonnene Ersitzung gegen dessen nicht eingetragene Erben vollendet werden konnte. Das muß bejaht werden. Der § 6 E.E.G. hat nicht (wie wie der Entwurf des B.G.B. für das Deutsche Reich § 881 Motive Bd. 3 S. 358 ff.) den Grundsatz aufgestellt, daß die Ersitzung als Eigentumserwerbsart von Grundstücken oder im Grundbuche eingetragenen Grundstücken ausgeschlossen sein soll. Die Ersitzung ist durch das E.E.G. nur gegen den eingetragenen Eigentümer ausgeschlossen. Es war beabsichtigt, die schwache Bedeutung der früheren Besitztitelberichtigung zu beseitigen und der Eintragung die Bedeutung des Erwerbsaktes beizulegen. Die Motive bemerken zur Erläuterung des Gesetzes, daß der Eigentümer, solange er lebt, sein Recht nur durch Auflassung an einen Anderen verlieren könne. In denjenigen Fällen aber, wo das Eigentum ohne Auflassung erworben werden kann, hat das Gesetz den neuen nicht eingetragenen Eigentümer gegen die Wirkungen der Ersitzung nicht schützen wollen. Der § 6 a. a. O. konnte daher die Vollendung der rechtsmäßig angefangenen Ersitzung gegen die nicht eingetragenen Erben des K. nicht hindern. In betreff der nach § 625, I. 9 A.L.R. für die Vollendung der Ersitzung vorgeschriebenen Zeitdauer von dreißig Jahren besteht ein Zweifel nicht.

Nr. 1799. III. Sen. 24. Februar 1891. III. 227. 90. Bd. 27, Nr. 63, S. 255.

Erwerb des Eigentums an Kirchhöfen durch Ersitzung. (Preuß. R.). Die für ihr Eigentum an sich beweispflichtige Klägerin (Kirchengemeinde) ist mit Rücksicht auf die Lage des die Kirche unmittelbar umgebenden Kirchhofes durch die in § 183, II. 11 A.L.R. zu findende Rechtsvermutung von diesem Nachweise befreit. Nach preußischem Recht gehören die Kirchhöfe zu den dem Verkehr entzogenen Sachen. An solchen ist jedoch ein Privateigentum, und zwar nicht bloß von Gemeinden, sondern auch von Privatpersonen möglich. Nr. 2691. In § 190, II. 11 A.L.R. wird nicht ausnahmsweise das Eigentum einer Stadt- oder Dorfgemeinde zugelassen, sondern diese Möglichkeit als selbstverständlich vorausgesetzt. Nach § 581, I. 9 A.L.R. kann eine Sache, welche durch Gesetz dem bürgerlichen Verkehre ganz entzogen ist, durch keine Verjährung erworben werden. Diese auch auf Kirchhöfe anzuwendende Bestimmung hindert zwar nach richtiger Ansicht nicht die Ersitzung aller Privatrechte, jedenfalls aber solcher, die die Verwendung als Kirchhof beeinträchtigen können. Ob man danach an öffentlichen Sachen jeden „Erwerb des Eigentums durch Dritte ohne den Willen des jetzigen Eigentümers

z. B. durch Ersitzung" für unzulässig halten muß oder die Eigentumsersitzung dann zulassen kann, wenn der Kirchhof im Eigentum nicht der Kirchengemeinde, sondern eines Dritten stand und erstere nur ein dingliches Recht auf Benutzung des Kirchhofes zum Begräbnisplatz hatte, so daß die Ersitzung mit dieser fortdauernden dinglichen Belastung erfolgt, kann hier dahin gestellt bleiben, der Kirchengemeinde als Eigentümerin gegenüber muß jedenfalls die Eigentumsersitzung für unzulässig gehalten werden. Denn die Kirchengemeinde gebraucht den Kirchhof kraft ihres Eigentums, mit dessen Ersitzung durch einen Dritten sie jedes Privatrecht auf fernere Benutzung verlieren würde, da weder außer dem Eigentume ein beschränktes Nutzungsrecht an derselben Sache ihr zugestanden werden kann, noch eine teilweise Ersitzung des Eigentumsrechts in der Weise möglich ist, daß dem bisherigen Eigentümer ein solches Nutzungsrecht verbleibt. Die trotz der Ersitzung etwa fortdauernde Verkehrsbeschränkung würde den neuen Eigentümer nur an einer der Bestimmung des Kirchhofes widersprechenden Veräußerung, nicht aber an anderer thatsächlicher Verwendung hindern, sofern nur den Vorschriften des öffentlichen Rechts bezüglich der bereits vorhandenen Gräber entsprochen würde. Das frühere preußische Obertribunal hat nur die Ersitzung von Erbbegräbnissen, also völlig entsprechend der Bestimmung des Kirchhofes, zugelassen, die von Grundgerechtigkeiten aber verneint. Das Reichsgericht hat die Ersitzung einer Fußwegsgerechtigkeit mit der Begründung für unzulässig erklärt, daß nach den Bestimmungen des A.L.R. Kirchhöfe, solange und soweit sie dem Zwecke, dem sie gewidmet worden, dienen, dem gemeinen Verkehre entzogen und folgeweise der Ersitzung unzugänglich sind, sowie daß diese Verkehrsbeschränkung des Kirchhofes sich nicht bloß auf die Flächen erstreckt, die zur Anlegung von Gräbern bestimmt sind, sondern auf alle Teile des Kirchhofes, auch diejenigen, die als Zugänge zu den Gräbern dienen. Im vorliegenden Falle ist aus dem Gesichtspunkte einer Widerlegung der Rechtsvermutung das Vorbringen der beklagten Samtgemeinde bisher nicht geprüft. Die letztere wird auf die negatorische Klage nur verurteilt werden können, wenn entweder der von der Klägerin behauptete Eigentumserwerb durch Überweisung im 17. Jahrhundert klar gestellt oder wenn die für die Klägerin sprechende Präsumtion nicht widerlegt wird.

Nr. 1800. V. Sen. 27. Februar 1886. V. 113. 85. Bd. 15, Nr. 59, S. 256.

Fortsetzung der Ersitzung gegen den eingetragenen Eigentümer nach dem Inkrafttreten des § 6 des E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Stimmt man der Ansicht bei, daß die in § 511, I. 9 A.L.R. gegebene Vorschrift sich nicht auf das Eigentum, sondern nur auf dingliche Rechte bezieht, so steht die Eintragung des Eigentumes im Grundbuche dem Eigentumserwerbe durch Ersitzung nach dem A.L.R. nicht entgegen. Man wird auch die Konsequenz zugeben müssen, daß derjenige, welcher vor dem 1. Oktober 1872 durch Ersitzung das Eigentum erworben hat, dies Recht auch nach dem Inkrafttreten des E.E.G. vom 3. Mai 1872 und der G.B.O. von demselben Tage gegenüber dem vor diesem Zeitpunkte eingetragenen Eigentümer geltend machen kann. Denn es läßt sich nicht annehmen, daß diese neuen Gesetze wohlerworbene Rechte des Naturaleigentümers haben aufheben wollen. Muß man aber weiter davon ausgehen, daß die Ersitzung nach dem 1. Oktober 1872 keine Eigentumserwerbsart gegen den eingetragenen Eigentümer bildet, so folgt daraus, daß eine zu diesem Zeitpunkte noch nicht beendigte Ersitzung nicht weiter fortgesetzt und nicht vollendet werden kann. Denn ein wohlerworbenes Recht auf die Fortsetzung der Ersitzung hat der Ersitzende nicht. War das Recht aber noch nicht erworben, sondern vollzieht sich der Eigentumserwerb erst nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes, so kann die Möglichkeit der Rechtsbildung auch nur nach dessen Vorschriften beurteilt werden. Nr. 1798.

Nr. 1801. II. Sen. 14. März 1881. II. 296. 80. Bd. 4, Nr. 92, S. 345.

Ersitzung. Code civil. Art. 694. (Rhein. R.). Der Kläger hat das Eigentum an dem hier fraglichen Terrain durch 30jährige, mit dem Jahre 1840 beginnende Er-

sitzung erworben, die streitige Einrichtung, Rinne und Abfallrohr, mittels deren das Regenwasser von dem Dache des Wohnhauses des Beklagten auf jenes Terrain abfließt, ist etwa im Jahre 1860, als Letzterer noch Eigentümer des Terrains war, angebracht worden. Diese Einrichtung, die die Merkmale einer offenen und ständigen Servitut hatte und den Besitz des Klägers an dem fraglichen Terrain beschränkte, hat also während eines erheblichen Teils der Ersitzungszeit bestanden. Als daher der Besitz des Klägers mit dem Ablauf der Ersitzungszeit zu Eigentum wurde, blieb jene Beschränkung nach dem Rechtssatze tantum praescriptum quantum possessum, der nicht lediglich in räumlicher Beziehung gilt, wirksam. Die Beschränkung würde, wenn der Beklagte das fragliche Terrain an den Kläger veräußert hätte, mangels gegenteiliger Vereinbarungen aktiv und passiv fortgedauert haben (Art. 694 code civil), und es ist kein juristischer Grund ersichtlich, weshalb der Kläger bei dem Erwerbe durch Ersitzung, dem ja auch eine Veräußerung im weiteren Sinne des Wortes zu Grunde liegt, hier günstiger gestellt sein sollte. Die Klage auf Beseitigung der Einrichtung ist daher mit Recht abgewiesen.

Nr. 1802. II. Sen. 10. April 1885. II. 479. 84. Bd. 14, Nr. 79, S. 304.

Der Titel als Erfordernis der zehnjährigen Ersitzung. Art. 2265 code civil. (Rhein. R.). Nach rheinisch-französischem Recht erfordert die zehnjährige Ersitzung (Art. 2265 code civil) als zwei selbständig nebeneinander stehende Bedingungen einen rechtmäßigen Titel, welcher die objektive Grundlage derselben bildet, und daran anknüpfend „guten Glauben“ (vergl. Art. 550 a. a. O.). Ein Putativtitel, wie ihn das römische Recht zuläßt, erscheint ausgeschlossen. Als ein rechtmäßiger Titel kann nun grundsätzlich nur der gelten, welchem im gegebenen Falle, abgesehen von den seiner Wirksamkeit entgegenstehenden Mängeln, das Eigentum des Grundstücks, um das es sich handelt, übertragen haben würde. Dies setzt aber voraus, daß sich der Titel auf dies Grundstück beziehen, das Objekt der Ersitzung auch das Objekt des Titels sein muß, was im Bestreitungsfalle derjenige, welcher einen Titel als Grundlage der Ersitzung anruft, zu beweisen hat. So steht dem Erwerber eines Grundstückskomplexes, z. B. eines Gutes, einer Meierei u. s. w., der Nachweis zu, daß ein einzelnes Immobile, welches nicht in dem Erwerbsakte ausdrücklich aufgeführt ist, einen Bestandteil desselben bildet und deshalb als in dem ersteren mitinbegriffen anzusehen ist. Unbedenklich kann aber derjenige, dessen Titel sich nur auf einen Teil des von ihm besessenen Grundstücks erstreckt, auf diesen die Ersitzung des darin nicht begriffenen Teils des letzteren nicht stützen.

Nr. 1803. II. Sen. 30. November 1886. II. 244. 86. Bd. 17, Nr. 69, S. 308.

Besitz. Verjährung. (Rhein. R.). Der Art. 2234 code civil verlangt zunächst den Beweis des Besitzes vor Alters und sodann, getrennt hiervon und ohne daß ein Zusammenhang des früheren Besitzes mit dem gegenwärtigen unterstellt wird, den selbständigen Beweis des gegenwärtigen Besitzes. Erst wenn auch der letztere Beweis geführt ist, tritt die im Artikel ausgesprochene Vermutung bezüglich der Zwischenzeit ein. Wenn nun zum Beweise des gegenwärtigen Besitzes nur eine einzige Besitzhandlung geltend gemacht wird, so muß diese Handlung so beschaffen sein, daß aus ihr allein sich unzweifelhaft die Herrschaft des Handelnden über die Sache ergiebt (Art. 2228 code civil). Eine derartige Innehabung konnte aber aus derjenigen Handlung, wegen deren der Kläger auf Grund des preußischen Forstdiebstahlgesetzes vom 15. April 1878 vor den Strafrichter gestellt ist, nicht entnommen werden. Der Strafrichter hatte mit Rücksicht auf den Einwand des Klägers, daß er Eigentümer der Waldparzelle sei, diesem durch Beschluß aufgegeben, seinen Anspruch an zuständiger Stelle zu erheben. Das gegen den Kläger infolge erhobener Anklage eingeleitete Strafverfahren enthält einen Widerspruch gegen die fragliche Besitzhandlung, welche die Besitzausübung, wenn nicht verhindert, so doch mindestens höchst zweifelhaft gemacht hat.

§ 73.

3. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

B.G.B. §§ 929—984.

I. 804, 805, 874—928. II. 842—898. III. 913—968. M. III. 95, 332—396. D. 132—136. E.G. Art. 69, 181 Abs. 2, 185. Windscheid I. §§ 153—157, 165, 166, 170—191, 199. Stobbe II. §§ 145—153. Dernburg I. §§ 225—239, 246—249. Endemann II. §§ 169—174, 188, 199 Nr. 5 und 6.

Tradition.

Nr. 1804. II. Sen. 14. Juni 1887. II. 37. 87. Bd. 18, Nr. 75, S. 352.

Handgeschenk. Besitzübertragung. Art. 894, 931 code civil. (Rhein. R.). Ist auch richtig, daß zu einem wirksamen Handgeschenk eine wirkliche Übertragung des Besitzes im Sinne des Art. 1141 code civil vorausgesetzt wird und eine bloße Erklärung des Schenkgebers, daß er die geschenkten Gegenstände fernerhin für den Beschenkten besitzen wolle, diese Besitzübertragung (Tradition) nicht ersetzen kann, so kann doch nicht zugegeben werden, daß ein Handgeschenk durch Hinterlegung von Wertpapieren für den Beschenkten überhaupt nicht verwirklicht werden könne. Hätte der Kläger in der Absicht, dem Beklagten den Besitz an den Papieren zu übertragen, diese auf dessen Namen bei der Bank in der Weise hinterlegt, daß der Letztere thatsächlich in der Lage gewesen wäre, über die Papiere frei zu verfügen, und hätte er insbesondere dem Beklagten die auf dessen Namen lautenden Empfangsscheine vorbehaltlos übergeben, so würde dadurch der wirkliche Besitz (possession réelle) an den Papieren auf den Beklagten ebenso übertragen worden sein, wie wenn der Kläger die Papiere dem Beklagten übergeben und dieser sie dann selbst hinterlegt hätte. Eine derartige Hinterlegung hat aber nach den thatsächlichen Feststellungen nicht stattgefunden. Vielmehr hat der Kläger bei der Hinterlegung nicht bloß die Couponsbogen sondern auch die von der Bank ausgestellten Empfangsbescheinigungen zunächst in seinem Besitze behalten nnd außerdem den Bankbeamten gegenüber Äußerungen gemacht, aus welchen diese den Schluß zogen, ohne besondere Ermächtigung des Klägers dürften die hinterlegten Wertpapiere dem Beklagten auch gegen Aushändigung der Empfangsscheine nicht ausgeliefert werden. Später hat nun allerdings der Kläger dem Beklagten die Empfangscheine ausgehändigt. Gleichwohl fehlt es an wesentlichen Voraussetzungen eines gültigen Handgeschenkes. Zwar findet die Vorschrift des Art. 931 code civil, wonach eine Schenkung nur durch Notariatsakt geschehen kann, dann keine Anwendung, wenn es sich um bewegliche Sachen (res corporales mobiles) handelt, deren Besitz dem Beschenkten vom Schenkgeber selbst (von Hand zu Hand) übertragen wird. Nr. 601. Damit aber ein solches Handgeschenk angenommen werden kann, muß vor Allem feststehen, daß die Übergabe der beweglichen Gegenstände in der Absicht der Schenkung erfolgt ist, d. h. daß der Übergebende die Absicht hatte, sich der fraglichen Gegenstände sofort und unwiderruflich (actuellement et irrévocablement) zum Vorteile des diese Schenkung annehmenden Beschenkten zu begeben (Art. 894 code civil). Erfolgt die Besitzübertragung überhaupt nicht in der Absicht der Schenkung, sondern aus einem anderen Grunde, oder will doch der Übergebende dem Anderen das Eigentum daran nicht sofort übertragen, sondern sich noch die freie Verfügung über diese Gegenstände vorbehalten, so liegt eine wirksame Schenkung ungeachtet der erfolgten Besitzübertragung nicht vor.

Nr. 1805. III. Sen. 19. Dezember 1884. III. 223. 84. Bd. 12, Nr. 19, S. 78.

Zeitpunkt des Eigentumsüberganges der übersandten Ware. Übergabe des Konnossements. Ädilitische Rechtsmittel beim Gattungskaufe. (Reichs- und gem. R.). Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts wird, wenn der Kaufpreis bezahlt oder kreditiert ist, durch die Annahme des von dem Verkäufer einseitig ausgeschiedenen dem

Käufer in Erfüllung eines Kaufvertrages übersandten Kaufgegenstandes allein der Übergang des Eigentumes auf den Käufer nicht bewirkt, vielmehr muß der Wille des Käufers, das Eigentum an der ihm übersandten Ware erwerben zu wollen, ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen erklärt sein. Wird auf Grund eines Kaufvertrages von dem Verkäufer die verkaufte Spezies dem Käufer tradiert und der Letztere nimmt sie an, so wird darin die erforderliche Erklärung des beiderseitigen Willens, Eigentum zu übertragen bezw. zu erwerben, gefunden werden müssen. Anders liegt dagegen die Sache, wenn der Gegenstand des Kaufes ein genus ist und der Verkäufer die einseitig von ihm ausgeschiedenen Sachen zum Zwecke der Erfüllung des Kaufvertrages dem Käufer übersendet. Erklärt der Käufer sofort nach Ablieferung der Ware oder doch rechtzeitig, daß er die Ware als nicht vertragsmäßig nicht empfangen wolle, und stellt er sie dem Verkäufer zur Disposition, so giebt er damit zu erkennen, daß er nicht den Aneignungswillen habe, sondern daß er die Ware nur detinieren, für den Verkäufer aufbewahren wolle. Die zur Disposition gestellte Ware bleibt in diesem Falle im Eigentume des Verkäufers, wogegen jede eigentumsmäßige Verfügung über die Ware durch den annehmenden Käufer diesen zum Eigentümer macht. Liegt Letzteres nicht vor, ist die Ware vielmehr wegen nicht vertragsmäßiger Lieferung dem Verkäufer zur Disposition gestellt, so würde die Sachlage auch dadurch nicht geändert sein, wenn dem Käufer vom Verkäufer ein Ordrekonnossement über die Ware zugesandt und von jenem angenommen wäre. Nach Art. 649 H.G.B. hat die Übergabe des an Ordre lautenden Konnossements an denjenigen, welcher durch dasselbe zur Empfangnahme legitimiert wird, sobald die Güter wirklich abgeladen sind, für den Erwerb der von der Übergabe der Güter abhängigen Rechte dieselben rechtlichen Wirkungen wie die Übergabe der Güter. Welche Rechte dies sind, ist im H.G.B. nicht bestimmt, es ist die Frage im einzelnen Falle nach dem maßgebenden Civilrechte zu beantworten, hier nach dem gemeinen Rechte. Der Konnossementsinhaber wird nicht schlechthin Eigentümer der in dem Konnossemente verzeichneten Waren mit dessen Übergabe, sondern er erwirbt bald das Eigentum, bald den juristischen Besitz, bald auch nur bloße Detention mit den sich daran knüpfenden Rechten, je nachdem er durch die unmittelbare Übergabe der Waren das Eine oder das Andere erlangt haben würde. Die Eideszuschiebung des Beklagten (Verkäufers) darüber, daß der Kläger (Käufer) bei der Annahme der Waren die Absicht gehabt habe, deren Eigentum zu erwerben, hat der Berufungsrichter mit Recht für unstatthaft erklärt. Da in der Annahme der ihm übersandten Waren eine Erklärung des Willens des Klägers, deren Eigentum zu erwerben, nicht enthalten ist, so hätte der Beklagte sonstige Thatsachen behaupten müssen, aus denen dieser Wille zu entnehmen gewesen wäre. Der Einwand des Beklagten, daß das Zurückbehaltungsrecht des Klägers wegen seines Anspruches auf Rückgewähr des seinerseits bezahlten Kaufpreises aus Art. 313, 315 H.G.B. nicht zulässig sei, weil er das Eigentum der Waren erworben habe, ist hiernach unbegründet. — Die ädilitischen Rechtsmittel sind beim Gattungskaufe unter denselben Voraussetzungen wie beim Specieskaufe zulässig. Der auf die entgegengesetzte Ansicht gestützte Einwand ist deshalb gleichfalls ungerechtfertigt. Nr. 558.

Nr. 1806. I. Sen. 19. Juni 1886. I. 163. 86. Bd. 18, Nr. 33, S. 161.

Annahme der ursprünglich verweigerten Dispositionsstellung. Nach dem maßgebenden gemeinen Rechte war die Ware weder durch Absendung noch durch die Übergabe an die Zollverwaltung in das Eigentum des Käufers übergegangen, und es war, da dieser die Ware nicht haben zu wollen erklärte, der Verkäufer berechtigt, die Ware, die er zur Erfüllung des Kaufes angeboten hatte, zurückzuziehen. Daß er anfänglich von diesem Rechte keinen Gebrauch machte, sondern im Gegenteil den Käufer auf Abnahme und Zahlung belangte, hatte auf das Eigentumsverhältnis keinen Einfluß und beeinträchtigte das Recht des Verkäufers auf Zurückziehung der Ware an sich nicht. Andererseits präjudizierte auch die ausgesprochene Dispositionsstellung dem Käufer nicht.

Nach beiden Richtungen wurde die Rechtsstellung durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Käufers nicht geändert. Für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits, in welchem der Verkäufer die Rückgewähr der Ware und deren Aussonderung aus der Masse verlangt, kommt es also nur darauf an, ob der Verkäufer die Dispositionsstellung angenommen oder genauer, ob er die Erfüllungsofferte zurückgenommen hat, bevor auf der anderen Seite die Dispositionsstellung zurückgenommen, d. h. die Annahme der Erfüllungsofferte erklärt war, oder ob der letztere Akt dem ersteren vorangegangen ist.

Nr. 1807. III. Sen. 8. November 1881. III. 48. 81. Bd. 5, Nr. 49, S. 181.

Besitzübergang durch constitutum possessorium. (Gem. R.). Es herrscht in der Litteratur Streit darüber, ob durch die Erklärung des Veräußerers, die Sache fortan für den Erwerber besitzen zu wollen, und durch die Annahme derselben seitens des Erwerbers der Übergang des Besitzes vermittels constitutum possessorium eintritt, oder ob es, um diese Wirkung hervorzubringen, noch eines weiteren rechtlichen Grundes bedarf, kraft dessen der Veräußerer die Sache zu behalten berechtigt wird. Der Vorderrichter hat sich derjenigen Ansicht angeschlossen, welche das letztere Requisit für erforderlich hält. Dem ist beizustimmen. Die Regel des römischen Rechts bildet der Rechtssatz, daß Willenserklärungen allein zum Eigentumserwerb nicht genügen, sondern daß Besitzübertragung hinzutreten muß. c. 20 Cod. de pactis 2, 3. Derjenige, qui litteris se tradidisse declaravit, erlangt nach l. 48 Dig. de acquir. vel amitt. poss. 41, 2 noch nicht das Eigentum. Es fragt sich, wie hiermit eine Reihe von Gesetzesstellen zu vereinigen ist, in denen der Übergang des Besitzes und folglich auch des Eigentums auf den Erwerber ohne Veränderung des Detentionsverhältnisses für bewirkt angenommen wird. So, wenn der Schenker die geschenkte Sache vom Beschenkten mietet, l. 77 Dig. de rei vind. 6, 1, oder wenn der Verkäufer sich an der verkauften Sache den Nießbrauch reserviert, c. 28, 35 § 2 Cod. de donat. 8, 54, oder wenn die Pfandsache dem Schuldner precario überlassen, l. 15 § 2 Dig. qui satisd. cog. 2, 8, oder wenn eine societas omnium bonorum begründet wird, l. 1 § 1, l. 2 Dig. pro socio 17, 2. Die Ansicht, die den Rechtsgrund für diese Entscheidungen darin findet, daß der bisherige Besitzer als Stellvertreter des Erwerbers für den Letzteren Besitz ergriffen habe, und die demgemäß in allen Fällen, wo der Stellvertretungswille erklärt oder aus den Handlungen zu folgern ist, dieselbe Wirkung eintreten lassen will, kann nicht für richtig erachtet werden. Sie führt dahin, daß die abstrakte Willenserklärung zum Besitzübergang und also zum Eigentumserwerb ausreicht. Es muß vielmehr vorliegen, daß, wenn die Sache körperlich wäre übergeben worden, sie zurückgegeben werden müßte; dies Hin- und Hergeben kann erspart werden. Wer behalten soll, braucht nicht erst hinzugeben. Zur Herstellung eines derartigen Zustandes genügt aber nicht das Übereinkommen der Kontrahenten, daß der bisherige Besitzer die Sache fortan für den neuen Erwerber inne haben soll, sondern es muß ein Rechtsverhältnis geschaffen werden, vermöge dessen das Innehaben als Ausdruck einer rechtlichen Befugnis erscheint. Die in den Quellen enthaltenen Entscheidungen sind nur Beispiele hierfür, deren Ausdehnung auf einen anderen Rechtsgrund (causa) für das Innehaben, insbesondere auf den hier vorliegenden Verwahrungsvertrag unbedenklich ist. Nr. 1809. Nr. 1810.

Nr. 1808. III. Sen. 25. November 1887. III. 165. 87. Bd. 19, Nr. 45, S. 239.

Constitutum possessorium. Übertragung des Besitzes durch Stellvertreter. (Gem. R.). Es ist allerdings die Frage, ob derjenige, welcher nicht selbst Besitzer der Sache, sondern nur Stellvertreter eines dritten Besitzers ist, durch constitutum possessorium den Besitz der Sache auf einen Dritten übertragen könne, streitig und von älteren Juristen unter Bezugnahme auf l. 18 pr. l. 32 Dig. de acquir. vel amitt. poss. 42, 2 verneint worden, indem sie davon ausgingen, daß stets juristischer Besitz

auf seiten des Konstituenten vorausgesetzt werde. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Nach den über den Erwerb und den Verlust des durch einen Repräsentanten ausgeübten Besitzes geltenden allgemeinen Grundsätzen und nach dem Prinzip, auf dem das constitutum possessorium beruht, muß angenommen werden, daß durch den Entschluß des Vertreters, die Sache nicht mehr für den Vertretenen, sondern für einen Anderen besitzen zu wollen, und durch die Bethätigung dieses Entschlusses der Besitz des Vertretenen verloren und für den Dritten, für welchen der Repräsentant besitzen zu wollen erklärt hat, erworben ist, sofern es sich um den Besitz beweglicher Sachen handelt. Dieser Annahme steht auch nicht der Satz nemo sibi causam possessionis mutare potest entgegen. Denn diese Regel bezieht sich nicht auf die Frage des Besitzerwerbes, sondern auf die Frage der Rechtmäßigkeit des Besitzes, sie spricht den Satz aus, daß Niemand sich selbst einen Rechtsgrund (Titel) seines Besitzes verschaffen kann. — Der Art. 306 H.G.B. setzt körperliche Übergabe voraus, ist aber auf eine Übergabe durch constitutum possessorium nicht anwendbar. Nr. 1828. Nr. 1829.

Nr. 1809. I. Sen. 1. Juni 1889. I. 110. 89. Bd. 24, Nr. 62, S. 307.

Besitzerwerb durch Stellvertreter; constitutum possessorium. Vermischung fremden und eigenen Geldes. (Preuß. R.). Der Kläger hatte im Juli 1887 15 000 Mk. Dortmund-Gronauer Stammaktien, 25 Stück à 600 Mk., die der Bankier S. vorher per ultimo Mai 1887 für ihn gekauft, abgenommen und übersandt hatte, dem S. mit dem Auftrage wieder zugeschickt, sie per ultimo Juli 1887 zu einem bestimmten Kurse zu verkaufen, und S. machte dem Kläger am 21. Juli 1887 Anzeige von dem erfolgten Verkaufsabschlusse, indem er den Verkaufspreis mit 10 683 Mk. 50 Pf. als zu Gunsten des Klägers gehend bezeichnete. Zugleich gab er dem Kläger mit Rücksicht auf einen außerdem erteilten Auftrag zum Einkaufe von 15 000 Mk. Dortmunder Union-Aktien und einen Auftrag zum Verkaufe von 15 000 Mk. Diskontokommanditanteilen, beide ebenfalls per ultimo Juli 1887, deren Ausführung durch entsprechende Abschlüsse er ebenfalls angezeigt hatte, den Stand des Kontos dahin an, daß Kläger ultimo Juli, bei Berücksichtigung dieser sämtlichen Geschäfte, von ihm 15 000 Mk. Dortmunder Union-Aktien zu empfangen und ein Guthaben von 1514 Mk. 85 Pf. gegen ihn habe. In betreff der Union-Aktien war eine Deckung des Kaufes durch einen Wiederverkauf von ultimo Juli 1877 bei einem bestimmten Kursgange vorbehalten. S. hatte die Dortmund-Gronauer Aktien verkauft, so daß er sie ultimo Juli 1887 an den Bankier H. zu liefern und von diesem den Kaufpreis zu erhalten hatte. Am 26. Juli 1887 starb S. plötzlich. Ein Auftrag des Klägers vom 27. Juli 1887, das Engagement in den 15 000 Mk. Dortmunder Union-Aktien durch Wiederverkauf zu decken, blieb deshalb unausgeführt und es erhellt auch nicht, daß die Dortmunder Union-Aktien ultimo Juli 1887 an das S.sche Geschäft von einem Verkäufer geliefert seien. Die S.schen Erben ließen die Lage des Handelsgeschäfts ihres Erblassers durch den Konkursverwalter C. noch vor Ende Juli 1887 untersuchen, und es ergab sich hierbei eine Unterbilanz. Auf die Mitteilung der Erben, daß 15 000 Mk. Dortmund-Gronauer Aktien vorhanden wären, die im Auftrage des Klägers verkauft seien und auf die ultimo Juli der Preis eingehen werde, erklärte C., daß sie bei der Lage des Geschäftes verpflichtet seien, Alles in status quo zu erhalten, und daher, wenn das Geld einginge, es besonders einpacken und als Eigentum des Klägers bezeichnen sollten. Die S.schen Erben ließen hierauf am 1. August 1887 durch den Kassenboten des Geschäfts die Aktien an H. liefern und den Preis von 10 739 Mk. 20 Pf. in Empfang nehmen. Das Geld wurde aber nicht sofort bei Einlieferung durch den Kassenboten in besondere Verwahrung genommen, vielmehr zunächst zur Kasse gebracht, wo es entsprechend den einzelnen Geldsorten in die dazu bestimmten Behälter gelegt wurde. In der Kasse befand sich noch weiteres Geld. Einige Stunden später wurden aus der Kasse 10 683 Mk. 50 Pf. herausgenommen und in ein besonderes Couvert eingesiegelt, welches mit der Aufschrift: „Herrn ... (Name des Klägers)

Mk. 10683,50 Erlös für am 21. Juli 1887 verkaufte Mk. 15000 Dortmund-Gronauer Stammaktien à 69 Prozent, geliefert am 1. August 1887" versehen wurde. Bei der bald darauf erfolgten Konkurseröffnung wurde das Geld noch in diesem Couvert vorgefunden. Der Kläger, welchem von diesem Verfahren der S.schen Erben vor der Konkurseröffnung keine Mitteilung gemacht worden war, nahm dies Geld als sein Eigentum in Anspruch. Der Konkursverwalter bestritt den Anspruch. Das Berufungsgericht verurteilte die Konkursmasse zur Herausgabe des Geldes an den Kläger, die Revision wurde verworfen. Die Begründung des Berufungsurteils ist bedenklich. Freilich bleibt nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts über den Besitzerwerb durch auftragslose Vertreter bei Bethätigung des Willens des bisherigen Besitzers, für einen Dritten als dessen Vertreter zu besitzen, auch wenn sie ohne Vertretungsmacht erfolgt, derselbe hieran gebunden, bis der Vertreter, hiervon in Kenntnis gesetzt, die Genehmigung versagt oder verzögert, so daß durch die rechtserhebliche Genehmigung der Besitzwechsel perfekt wird und, bis diese erfolgen kann, in der Schwebe bleibt. Hat daher der Stellvertreter bis zum Ausbruch des Konkurses über ihn den Vertretungswillen nicht geändert, so daß nicht die Konkursmasse bloß eine Ersatzforderung für den Bruch der Verpflichtung seitens des Vertreters, behufs der Genehmigung in der Stellung als Vertreter zu beharren, als Konkursforderung zu befriedigen hat, so muß dem Vertretenen, der sein Recht der Genehmigung noch nicht verloren hat, auch noch nach der Konkurseröffnung die Genehmigung mit der Wirkung des Besitz- und Eigentumserwerbes der Konkursmasse gegenüber zustehen. Denn die Konkursmasse vermöchte durch ihre Besitzveränderungsverhandlungen die Wirkungen der Genehmigung nicht zu vereiteln, ohne sich selbst für das hierdurch Entzogene in vollem Umfange gemäß § 52 R.K.O. ersatzpflichtig zu machen. Auch nach preußischem Rechte gilt aber für den Besitzerwerb durch einen auftragslosen Vertreter gemäß § 239, I. 13 und § 45, I. 7 A.L.R. die Zurückbeziehung der nachträglichen Genehmigung des Vertretenen auf den Zeitpunkt der Besitzergreifung des Vertreters. Wenn man nun aber auch nach preußischem Rechte Bedenken tragen will, den Fall, daß der nunmehrige Vertreter die Sache zuvor für sich besaß, also das constitutum, lediglich den allgemeinen Grundsätzen über den Besitzerwerb durch Stellvertreter zu unterstellen, weil das A.L.R. gemäß den §§ 71 ff., I. 7 den Erwerb durch constitutum im Sinne eines Konsensualvertrages zwischen dem bisherigen Besitzer und demjenigen, der durch dessen Erklärung es nunmehr werden soll, auffasse, so ist doch auch, sofern es wegen der Natur der Willensvereinigung als einer handelsgeschäftlichen einer besonderen Form nicht bedarf, dem Vertragscharakter entsprochen, sobald zu der Bethätigung des Vertreterwillens die Genehmigung des Vertretenen hinzugekommen ist, während jene Auffassung der Anwendung der Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag, soweit es sich darum handelt, das Gebundensein des bisherigen Besitzers an die einmal erfolgte Umwandlung seines Besitzwillens in den des Vertreters für einen Dritten bis zu dessen Genehmigung zu begründen, nicht entgegenzustehen vermag. Das erhebliche Bedenken gegen die Zuerkennung des Eigentums an dem in das Couvert gelegten Gelde an Kläger mit der vom Berufungsgerichte gegebenen Begründung (wonach es für den Eigentumserwerb des Klägers genügt, daß die S.schen Erben mit dem aus dem Legen in das Couvert und seiner Aufschrift nach den obwaltenden Umständen zu entnehmenden unzweifelhaften Willen, die betreffende Geldspezies für den Kläger als Eigentümer zu besitzen, dieselbe aus ihrem eigenen Kassenbestande entnommen hat) ergiebt sich vielmehr bei Anstellung der Erwägung, ob nicht auch nach preußischem Rechte, ebenso wie dies bereits für das gemeine Recht angenommen worden ist (Nr. 1807), das constitutum zu seiner Wirksamkeit eines mit dem auf die Eigentumsübertragung gerichteten Rechtsgeschäfte verbundenen zweiten Rechtsgeschäftes, welches auf Belassung der Sache in der Innehabung des Übertragenden gerichtet ist, bedarf, so daß die Umwandlung des bisherigen Besitzes in Detention nicht ein auf Willkür beruhendes und beliebig verwendbares Surrogat der

thatsächlichen Übergabe, weil solche noch nicht erfolgen kann oder soll, sondern zur Ersparung der Weitläufigkeit einer doppelten Übertragung lediglich eine Gestaltung des Besitzverhältnisses entsprechend den auf solche zweifache Übertragung gehenden Richtungen zweier Rechtsgeschäfte ohne äußere Übergabeakte, konstruktiv durch die Grundsätze von dem Besitzerwerbe durch Stellvertreter vermittelt, ist. Nr. 1810. Die S.schen Erben behielten das Geld, weil sie behufs Erhaltung des status quo im Hinblicke auf den nahen Konkursausbruch das wirkliche Fortgeben des Geldes scheuten. Sollte die vorgenommene Besitzübertragung sie in die Lage setzen, durch dies Geld ihre Verpflichtung aus der Vereinnahmung des Kaufpreises der Dortmund-Gronauer Aktien zu erfüllen, so mußten sie freilich das Geld bewahren. Ein als Depositum oder Bankierdepot anzusprechendes selbständiges Rechtsgeschäft wurde hierdurch aber nicht begründet. Das Berufungsurteil stellt sich indessen aus anderen Gründen als richtig dar. Die 25 Dortmund-Gronauer Aktien, in betreff deren der Kläger dem S. den Auftrag zum Verkaufe per ultimo Juli 1887 erteilt hatte und welche in Erfüllung des infolge dieses Auftrages von S. geschlossenen Verkaufes Ende Juli oder am 1. August 1887 an den Bankier H. geliefert wurden, waren Eigentum des Klägers. Durch Abschluß des aufgetragenen Vertrages per ultimo Juli 1887 hörten sie nicht auf, sein Eigentum zu sein. Die Berechnung des Kontostandes in dem Schreiben des S. vom 21. Juli 1887 war nur von einer vorläufigen die derzeitige rechnungsmäßige Lage kennzeichnenden Bedeutung. Das Eigentum des Klägers an den Dortmund-Gronauer Aktien mochte bedeutungslos werden, wenn bei verbleibender Solvenz des S. ultimo Juli 1887 alle aufgetragenen Geschäfte ordnungsmäßig erledigt wurden. Aber es behielt seine Bedeutung, wenn sich noch bis ultimo Juli 1887 die Verhältnisse des S. als Kommissionär derartig änderten, daß bei einer Vereinnahmung des Verkaufserlöses für diese Aktien seitens des S. zu eigenem Vermögen die Forderung des Klägers auf Zuführung des entsprechenden Betrages ganz oder teilweise gefährdet erschien, während der Kläger gerade auf diese Forderung angewiesen blieb, weil diejenigen anderen aufgetragenen Geschäfte, durch deren Erfüllung mit entsprechender Auslieferung abgenommener Aktien an den Kläger der Erlös der verkauften Dortmund-Gronauer Aktien hätte zur Verwendung kommen können, entweder durch spätere Realisierungsaufträge erledigt worden waren oder eben wegen der veränderten Verhältnisse des Kommissionärs nicht zur Erfüllung kommen konnten. Wäre S. bereits vor ultimo Juli 1887 in Konkurs verfallen, so hätte nicht seine Konkursmasse, während sie die Abnahme der anderen Effekten und Lieferung derselben an den Kläger unterließ, mittels Verwendung der Dortmund-Gronauer Aktien des Klägers den Kaufpreis für den Verkauf dieser Aktien bei H. für sich einziehen und behalten, den Kläger aber auf Geltendmachung einer Konkursforderung wegen seiner Ansprüche verweisen können. Konnte oder wollte die Konkursmasse den Kläger nicht in der Weise voll befriedigen, wie es der Erfüllung aller aufgetragenen Geschäfte und der auf solcher beruhenden Abrechnung am ultimo Juli 1887 entsprach, so mußte sie das Eigentum des Klägers an den Dortmund-Gronauer Aktien respektieren und, weil es sein Eigentum war, das sie zur Erfüllung des Kaufgeschäfts mit H. verwenden wollte, ihm den empfangenen Preis herausgeben, soweit sie nicht selbst ein Guthaben des S. aus dem Geschäftsverkehr mit dem Kläger an diesen geltend machen konnte. In entsprechender Weise hatte aber auch nach den Erforderniſſen der Vertragstreue der Kommissionär selbst bei der Kenntnis seiner bevorstehenden Zahlungseinstellung und der Gefährdung des Rechtes des Kommittenten durch dieselbe zu handeln, indem er entweder dem Kläger die Erfüllung des Verkaufsgeschäfts mit H. unter Herausgabe der Dortmund-Gronauer Aktien an ihn überließ oder bei eigener Übergabe der Aktien an H. den Kaufpreis bei diesem stehen ließ, damit der Kläger entsprechend Art. 368 Abs. 2 H.G.B. die Forderung auf den Kaufpreis gegenüber den anderen Gläubigern als die seinige geltend machen konnte, oder indem er die Geldstücke, in welchen der Kaufpreis bezahlt wurde, lediglich als Stellvertreter des Klägers in Besitz nahm. Eine Gepflogenheit im Kom-

missionsverkehr des Klägers und des S., für die Verkaufserlöse dem Kläger zu Eigentum gehörigen Kommissionsgutes statt der Wahrung des Eigentums des Kommittenten auch in betreff der Geldspezies des Verkaufserlöses die Summenschuld des Kommissionärs für ausreichend zu erachten, konnte nur so lange als zur Geltung bestimmt angesehen werden, als nach den Verhältnissen des Kommissionärs seine Summenschuld dem Kommittenten thatsächlich genügende Sicherheit gewährte. Da die S.schen Erben den durchaus zutreffenden Rat des von der Sachlage unterrichteten Konkursverwalters C. befolgten, so muß angenommen werden, daß sie auch schon von dem Zeitpunkte ab, in welchem das Kaufgeld ihrem Kassenboten seitens des Käufers eingehändigt wurde, dies Geld lediglich für den Kläger als dessen Vertreter in Besitz nehmen wollten. Die rechtliche Möglichkeit solcher Besitzergreifung für einen Anderen, wenn auch der in Besitz Stehende dem Tradenten gegenüber auftritt, ohne jenen Willen, den Besitz sofort als Vertreter eines Dritten zu ergreifen, diesem kundzuthun, besteht, wie sie für das gemeine Recht überwiegend anerkannt wird, auch für das preußische Recht. Bei dem Abnehmer der verkauften Effekten, der dafür den Kaufpreis übergiebt, läßt sich mangels der Aufzeichnung besonderer Umstände in Bezug auf die Übertragung des Geldes kein anderer Wille annehmen, als der, dem Lieferer der Effekten gegenüber unter Befreiung von der Kaufgeldschuld sein Eigentum an dem Gelde aufzugeben, während es für ihn ohne Interesse ist, ob dieser den Besitz und das Eigentum für sich oder für einen Dritten antritt. Haben aber die S.schen Erben das gezahlte Kaufgeld gleich vom Zeitpunkte der Zahlung für den Kläger in Besitz genommen, woran sie auch der Umstand nicht zu verhindern vermochte, daß die empfangene Summe um einen unbedeutenden Betrag dasjenige, was der Kläger zu bekommen hatte, überstieg, indem der überschießende Betrag später davon abgesondert werden konnte, so fragt es sich nur noch, ob die Wirkung dieser Handlung zu Gunsten des Klägers wieder dadurch vereitelt worden ist, daß der Geldbetrag zunächst, als er in das S.sche Geschäft überbracht wurde, daselbst in die Geschäftskasse zu anderem daselbst befindlichen Gelde ohne Absonderung von diesem gelegt und erst einige Stunden später aus dieser Kasse ein dem dem Kläger zukommenden Verkaufserlöse entsprechender Betrag entnommen und in das Convert verschlossen worden ist. Allerdings gilt auch für das preußische Recht (vergl. §§ 45, 46, I. 15 A.L.R.) der gemeinrechtliche Grundsatz, daß bei barem Gelde der Besitz- und Eigentumsverlust eintritt, wenn die Geldstücke in die Gewahrsam eines Anderen gelangen und daselbst infolge der Vermischung mit anderem Gelde ihre Unterscheidbarkeit verlieren. Dieser Satz, für den die l. 78 Dig. de solut. 46, 3 die Voraussetzung ausspricht, daß die nummi inscio vel invito domino in die Gewahrsam eines Anderen gelangt sind, schließt die rechtliche Möglichkeit der Begründung eines Miteigentums nicht aus, falls mehrere im Eigentum verschiedener Personen stehende Geldbeträge von den Eigentümern mit dem Willen zusammengeworfen werden, ein Miteigentum an dem Gesamtgeldbestande nach Bruchteilen entsprechend der Höhe der bisherigen geforderten Geldbestände zu begründen. Entspricht dem hierauf gerichteten Willen des einen Eigentümers, der seinen Geldbestand dem des anderen Eigentümers zuführt, nicht auch der Wille des Letzteren, so wird freilich jener Wille wirkungslos bleiben und der angeführte Rechtssatz in Kraft treten. Im vorliegenden Falle läßt sich nur annehmen, daß die S.schen Erben in der Meinung gehandelt haben, durch das einstweilige Legen des Geldes in die Kasse die gewollte Sonderung nicht zu beeinträchtigen. Es erscheint gerechtfertigt, jene Zuführung des Geldes zur Geschäftskasse in einem Sinne zu verstehen, vermöge dessen gegenüber der objektiv unvermeidlichen Wirkung des Zusammenwerfens der Geldbeträge der Wille der Handelnden, den Besitz und das Eigentum des Klägers an dem vereinnahmten Kaufgeldbetrage demselben zu erhalten, so weit als möglich seine Geltung behält. Dies geschieht bei der Annahme der Begründung eines Miteigentums. Der übereinstimmende Wille eines jeden der Eigentümer, seine Gelder mit denen des Anderen zu vermischen, aber das Eigentum am

Ganzen nicht dem Anderen zu überlassen, genügt zur Begründung des Miteigentums. Demgemäß war die demnächstige Aussonderung des dem Kauferlöse für die Aktien, soweit er dem Kläger zukam, entsprechenden Geldbetrages die reale Teilung des bis dahin bestandenen Miteigentums und die ausgeschiedenen Gelder wurden Alleineigentum des Klägers.

Nr. 1810. V. Sen. 6. Februar 1895. V. 297. 94. Bd. 35, Nr. 65, S. 249.

Constitutum possessorium. Kein Sonderbesitz an den Substanzteilen der Sache ohne Lösung der Verbindung. (Preuß. R.). Nach den Feststellungen des Berufungsrichters verkauften der Kaufmann R. und der Ingenieur D. als persönlich haftende Teilhaber der beklagten Kommanditgesellschaft namens dieser die streitigen Gegenstände durch den notariellen Vertrag vom 28. März 1892 für den in drei Raten zahlbaren Kaufpreis von 28500 Mk. an die Klägerin. Im Vertrage ist bemerkt, daß die Verkäuferin die Gewahrsam der verkauften Sachen einstweilen noch behalte, wobei die vorbenannten Vertreter der Verkäuferin ausdrücklich erklären, daß die Verkäuferin die Sachen nunmehr für die Käuferin in ihrer Gewahrsam behalte. Weiter ist sodann beurkundet, daß die Käuferin die gekauften Gegenstände der Verkäuferin zu einem Mietzinse von 5 Mk. für jeden Arbeitstag bis zum 1. Oktober 1892 vermietet. Endlich hat die Käuferin der Verkäuferin ein nur bis zum 1. Oktober 1892 auszuübendes Wiederkaufsrecht bis zu einem Rückkaufspreise von 29000 Mk., wovon bei Abgabe der Wiederkaufserklärung 24250 Mk. zu zahlen seien, eingeräumt. Die Klägerin verlangt mit der nach dem 1. Oktober 1892 angestellten Klage Anerkennung ihres Eigentums an den streitigen Gegenständen und deren Herausgabe. Der Berufungsrichter erachtet den Anspruch für begründet trotz des von der Beklagten erhobenen und allein noch aufrecht erhaltenen Einwandes, daß die verkauften Gegenstände Substanzteile der in ihrem Eigentum stehenden Fabrikgebäude seien. Zur Widerlegung des Einwandes, dessen thatsächlichen Inhalt er als richtig unterstellt, geht der Berufungsrichter davon aus, daß nach den Rechtsgrundsätzen des A.L.R. ein getrennter Besitz an den einzelnen Teilen einer zusammengesetzten Sache rechtlich möglich und daß im vorliegenden Falle der Erwerb des Besitzes an der streitigen Maschine und den Maschinenteilen trotz der Fortdauer ihrer Verbindung mit dem Fabrikgebäude nicht ausgeschlossen sei. Der Berufungsrichter bezeichnet sodann die Frage, „ob sich dieser Besitzerwerb in rechtswirksamer Weise durch constitutum possessorium vollziehen kann“, als zweifelhaft, kommt aber bei Bejahung dieser Frage zu dem Ergebnis, daß die Klägerin, da sie in rechtsgültiger Weise den Besitz der gekauften Sachen erlangt habe, deren Eigentümerin geworden sei und ihr als Aussonderungsberechtigten gemäß § 35 R.K.O. die Klage auf Anerkennung ihres Eigentums und auf Herausgabe auch gegen die Konkursmasse zustehe. Das Berufungsurteil ist aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Den Ausführungen des Berufungsgerichts muß zwar darin beigetreten werden, daß, worüber sich das vom Berufungsgericht angezogene Urteil im Falle Nr. 1809 nicht entscheidet, für das preußische Recht ebenso wie für das gemeine Recht (Nr. 1807) das constitutum ein anderes Geschäft unter den Beteiligten zur notwendigen Voraussetzung hat, auf Grund dessen der bisherige Besitzer, obwohl er den Besitz aufgiebt, die Gewahrsam behalten soll. Dieser Rechtssatz ist von dem erkennenden Senate bereits in einem Urteile vom 25. Juni 1892 ausgesprochen. Der Berufungsrichter geht aber fehl, wenn er zwischen der durch die drei erwähnten Urteile des Reichsgerichts begründeten Praxis und der in den Entscheidungen des vormaligen preußischen Obertribunals vertretenen Anschauung einen Gegensatz konstruieren will. Die Vorschrift des § 71, I. 7 A.L.R. gewährt, wenn man sie von den folgenden Paragraphen loslöst, die Möglichkeit, die körperliche Übergabe durch bloß mündliche oder schriftliche Erklärung zu ersetzen. Dieser erfahrungsgemäß vielfach zum Nachteile Dritter in Scheingeschäften ausgebeuteten Möglichkeit tritt die höchstrichterliche Rechtsprechung entgegen. Wenn, wie in dem Urteil im Falle Nr. 1809 ausgeführt ist, die „Umwandlung des bisherigen

Besitzes in Detention nicht ein auf Willkür beruhendes und beliebig anwendbares Surrogat der thatsächlichen Übergabe, weil solche noch nicht erfolgen kann oder soll", sondern ein dem Besitzerwerbe durch Stellvertreter nachgebildeter Fall sein soll, so ergiebt sich schon hieraus, daß der Besitzerwerb durch constitutum nur an solchen Sachen zulässig ist, die des Besitzerwerbes durch Übergabe fähig sind. Es kann nicht gestattet sein, in Fällen, wo eine Übergabe überhaupt nicht möglich ist, solche durch constitutum zu ersetzen. Die Entscheidung hängt deshalb von der auch vom Berufungsrichter vorangestellten, aber nicht für zweifelhaft erachteten Frage ab, ob ein besonderer Besitz an den im vorliegenden Prozesse streitigen Maschinen und Maschinenteilen dadurch ausgeschlossen wird, daß sie mit den im Eigentum der Beklagten stehenden Fabrikgebäuden in eine feste dauernde Verbindung gebracht sind. Mag auch die Veräußerung und Übergabe der einzelnen Teile, Thüren, Fenster u. s. w. eines von den Bewohnern verlassenen, zum Abbruche bestimmten Hauses nicht bloß denkbar, sondern auch rechtlich zulässig sein, so liegt die Sache doch anders bei dem zum Wohnen bestimmten, wirklich bewohnten Hause. Die rechtliche Möglichkeit des Sonderbesitzes und des Besitzerwerbes an den einzelnen Teilen einer zusammengesetzten Sache ist nach der rechtlichen Natur dieser Zusammensetzung nnd nach dem Begriffe und Wesen des Besitzes zu beurteilen. Besitz wie Innehabung oder Gewahrsam setzt nach § 1, I. 7 A.L.R. das physische Vermögen voraus, über eine Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen. Zur Erwerbung des Besitzes gehört außer der äußeren Handlung, wodurch die körperliche Sache in die Gewalt des Erwerbers gelangt (§§ 50, 51 a. a. O.), der Wille, Besitzer zu werden (§ 43 a. a. O.). Die landrechtlichen Vorschriften über den Besitzerwerb an Teilen verbundener Sachen sind dürftig. Vergl. §§ 46, 47 a. a. O. Mit Recht wird aber die Annahme des Besitzes an den einzelnen Teilen **und** an dem Ganzen einer zusammengesetzten Sache als unzulässig ausgeschlossen und daraus die Unmöglichkeit gefolgert, den Sonderbesitz an einzelnen Teilen, der dem Besitzer des Ganzen während der Dauer der Verbindung abzusprechen ist, ohne vorgängige Trennung auf einen Dritten zu übertragen. Welcher Art die also wirkende Verbindung sein muß, ergiebt sich aus § 4, I. 2 A.L.R., wonach alle Teile einer Sache, ohne welche sie das nicht sein kann, was sie vorstellen soll oder wozu sie bestimmt ist, zur Substanz gehören („integrierende Teile"). An dieser Begriffsbestimmung ist festzuhalten, weil die Verbindung von Pertinenzstücken mit der Hauptsache im Landrecht durch besondere Vorschriften (§§ 42, 44, 46, 60, 105—108, I. 2; §§ 52, 54, I. 7 A.L.R.) geregelt ist. Wenn danach schon bei der loseren Verbindung der Hauptsache mit den Pertinenzstücken letztere mit gewissen Modifikationen das Schicksal der ersteren teilen, so muß dies unbedingt, und ohne daß es einer ausdrücklichen Vorschrift bedürfte, von Substanzteilen gelten, die miteinander „nur **eine** Substanz ausmachen" (§ 43, I. 2 A.L.R.). Hieraus ergiebt sich, daß Sachen, die ihre eigene selbständige Existenz dadurch verloren haben, daß sie in der Weise zu Teilen einer anderen Sache gemacht sind, daß letztere ohne sie nicht das sein kann, was sie vorstellen soll, **Substanzteile**, ohne thatsächliche Lösung dieser Verbindung der Regel nach nicht Gegenstand des Sonderbesitzes sein noch in den Besitz eines Anderen als des Besitzers der Hauptsache übergehen können. Vergl. 798 Abs. 2 des Entw. I des deutschen B.G.B. Die entgegengesetzte Auffassung würde zu dem unmöglichen Rechtszustande führen, daß wenn es sich um Teile einer unbeweglichen Sache handelt, diese teils dem Mobiliar- teils dem Immobiliarsachenrechte unterworfen wären. Vom Berufungsgericht ist hiernach insbesondere darüber noch zu entscheiden, ob die streitigen Maschinen zur Zeit des Vertragsschlusses Substanzteile der Fabrikgebäude der Beklagten waren.

Nr. 1811. II. Hilfs-Sen. 21. Februar 1881. V^a. 542. 80. Bd. 4, Nr. 72, S. 261.

Tradition auf Grund eines pactum claudicans. (Preuß. R.). Die Tradition auf Grund eines pactum claudicans ist rechtlich infolge der späteren Versagung der

Genehmigung des Geschäfts nicht gänzlich wirkungslos. Denn sie überträgt immer den vollständigen Besitz und das mit demselben verbundene Recht des Besitzers dahin, daß er die Sache nur gegen Rückgewähr des in Erfüllung des Geschäfts Gegebenen herauszugeben braucht. § 11 I. 5 A.L.R.; §§ 273, 274, I. 11; § 170, I. 16 das.

Nr. 1812. II. Hilfs-Sen. 8. Juli 1880. V^a. 301. 79. Bd. 2, Nr. 81, S. 308.

Redlicher Besitz. Eigentumserwerb. (Preuß. R.). Das A.L.R. giebt eine Definition des redlichen Besitzers nicht. Nur im Register zu demselben wird als redlicher Besitzer bezeichnet, wer nach den ihm bekannten Thatsachen seinen Besitz für rechtmäßig halten durfte. Im Gegensatz zu der Begriffsbestimmung des unredlichen Besitzers in § 11, I. 7 A.L.R. ist derjenige als ein redlicher zu erachten, der es nicht weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besitzt. Es sind damit auch die Fälle getroffen, wo ein Titel überhaupt nicht vorhanden ist und wo der vorhandene nur nicht gültig ist. Der bloße Mangel eines Titels ist kein Kriterium des bösen Glaubens; die Unredlichkeit ist dagegen eine Anmaßung wider besseres Wissen. Ein Irrtum in der Gültigkeit des Besitztitels schadet der Redlichkeit des Besitzes nicht, sofern der Irrtum nur in Thatsachen stattfindet und der Irrende nicht durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen in einen solchen Irrtum geraten ist (§ 13 a. a. O.); er wird schädlich, der Besitzer heißt ein unrechtfertiger und wird, wo nicht besondere Ausnahmen gemacht sind, einem unredlichen gleich geachtet, wenn er aus Unwissenheit der Gesetze in Gültigkeit seines Besitztitels irrt (§ 14 a. a. O.). Unter Titel versteht das A.L.R. den gesetzlichen Grund, vermöge dessen die Handlung oder Begebenheit, wodurch Jemand ein Recht auf eine Sache erlangt (§ 131, I. 2 A.L.R.) die Kraft hat, daß dadurch das Recht erworben werden kann (§ 132 a. a. O.). Damit in Übereinstimmung steht die im § 2, I. 9 A.L.R. gegebene Definition des Titels zum Eigentum. Kommt zu diesem Titel die Übergabe hinzu, so ist nach den Bestimmungen des A.L.R. das Eigentum erworben (§ 1, I. 10 A.L.R.). Von dieser Konstruktion des Eigentumserwerbes weicht die an die Auflassung geknüpfte Erwerbung des Eigentums an Grundstücken nach dem Gesetze vom 5. Mai 1872 wesentlich ab. Nr. 1790.

Nr. 1813. VI. Sen. 2. Juni 1890. VI. 68. 90. Bd. 26, Nr. 32, S. 180.

Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherstellung eines Gläubigers wegen seiner Forderung. (Gem. R.). Für die Übergabe durch constitutum possessorium genügt es, daß der Tradent die in Rede stehende Sache besitzt, gleichviel wo; die körperliche Nähe des Gegenstandes ist nicht erforderlich (l. 77 Dig. de rei vind. 6, 1). Auch macht es für die Wirksamkeit des constitutum possesorium keinen Unterschied, ob der bisherige Besitzer die Detention selbst ausübt oder durch einen Anderen ausüben läßt, auch wenn der Letztere von dem c. p. nichts erfährt (l. 30 § 6 Dig. de acqu. poss. 41, 2). Nr. 830. Im allgemeinen kann eine Eigentumsübertragung zum Zwecke der Sicherstellung einer Forderung nach gemeinem Rechte sehr wohl geschehen. Im vorliegenden Falle wird die Nichtigkeit der Eigentumsübertragung beweglicher Sachen deswegen behauptet, weil sie zur Umgehung derjenigen gesetzlichen Bestimmungen vorgenommen sei, durch welche die Rechtswirkung von Verpfändungen beweglicher Sachen ohne körperliche Übergabe ausgeschlossen werden solle. Die hier als angeblich umgangen in Betracht kommenden Gesetze sind die R.K.O., insofern sie kein Absonderungsrecht wegen irgend eines anderen Rechts an einer beweglichen körperlichen Sache als wegen eines Faustpfandrechts im Sinne des § 14 des zu ihr erlassenen E.G. gewährt (vergl. § 40 R.K.O.), und das hamburgische A.G. zur R.K.O. vom 25. Juli 1879, insofern nach § 4 desselben ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache überhaupt nur durch eine solche Verpfändung bestellt werden kann, welche nach den Vorschriften der R.K.O. das Absonderungsrecht gewährt. Wenn nun das Oberlandesgericht ausgeführt hat, daß nach allgemeinen Aus-

legungsregeln kein Grund gegeben sei, jene Gesetze dahin zu verstehen, daß ein lediglich als Sicherheit für eine Forderung übertragenes Eigentum an einer beweglichen Sache im Konkurse kein Aussonderungsrecht gewähren bezw. daß eine lediglich zu solchem Zwecke vorgenommene Eigentumsübertragung an einer beweglichen Sache rechtsunwirksam sein solle, falls nicht dem Gläubiger die Sache zugleich auch zu körperlichem Gewahrsam überliefert sei, so konnte dem, soviel die R.K.O. betrifft, an sich nur beigetreten werden, während die Auslegung des hamburgischen Gesetzes in der Revisionsinstanz überhaupt keiner Nachprüfung unterlag (§ 511 C.P.O. § 1 V. vom 28. September 1879, § 6 E.G. zur C.P.O.). Nr. 116. Allerdings könnte es sich nun fragen, ob es sich bei der Ungültigkeit der „in fraudem legis" geschlossenen Geschäfte (vergl. l. 29, 30 Dig. de leg. I. 3; c. 5 pr. Cod. eod. I. 14; l. 13 § 26 Dig. de act. emt. vend. 19, 1; l. 3 § 3, l. 7 pr. §§ 1, 3 Dig. de SC. Mac. 14, 6; l. 8 § 6, l. 29 § 1, l. 32 § 3 Dig. od SC. Vell. 16, 1, c. 16 Cod de usur. 4, 32) wirklich um nichts weiter handelt als um die Frage der gewöhnlichen Gesetzesauslegung. Nicht berechtigt ist in dieser Beziehung der Gesichtspunkt der Auslegung des betreffenden Rechtsgeschäfts. Diese Auffassung läuft darauf hinaus, die fraglichen Fälle als solche der Simulation hinzustellen, und beachtet nicht die Scheidung der Begriffe „Simulation" und „Umgehung des Gesetzes". Es ließe sich vielleicht verteidigen, daß die Nichtigkeit der zur Umgehung einer Rechtsnorm geschlossenen Geschäfte nicht immer schon auf Grund einer einfachen Auslegung dieser Rechtsnorm eintrete. Gegenüber der Auffassung, daß man es mit einem besonderen Rechtssatze zu thun habe, welcher verlangt, daß das Gesetz, über seinen durch bloße Auslegung zu gewinnenden Sinn hinaus, auf die zu seiner Umgehung bestimmten Geschäfte analog angewendet werde oder doch mindestens mit einer durchgreifenden Auslegungsregel, wonach das Gesetz allemal so ausgelegt werden solle, daß es diese Geschäfte mit ergreife, möchte wohl der bloßen Darlegung, daß das gerade in Rede stehende Gesetz an sich noch nicht so weit auszulegen sei, noch keine durchgreifende Bedeutung zukommen. Jedenfalls ist aber hier entscheidend, daß man von einer Umgehung des Gesetzes überhaupt nur in Beziehung auf verbietende und gebietende Gesetze d. h. auf solche Gesetze, welche eine Unterlassung oder unter bestimmten Voraussetzungen eine Handlung vorschreiben, sprechen kann; solche Gesetze sind aber die hier in Rede stehenden nicht, am wenigsten die R.K.O. Diese verbietet nicht etwa, Verpfändungen beweglicher Sachen ohne Übertragung des körperlichen Gewahrsams vorzunehmen, ihr Wille geht bloß dahin, daß eine im allgemeinen anerkannte Geschäftsform singulärerweise gerade zu diesem Zwecke nicht benutzt werde, sondern sie kennt nur kein Absonderungsrecht auf Grund eines auf eine andere als die im § 14 E.G. bezeichnete Weise begründeten Pfandrechts an der beweglichen körperlichen Sache. Ähnlich verhält es sich mit § 4 des hamburgischen A.G.

Nr. 1814. VI. Sen. 24. September 1894. VI. 130. 94. Bd. 34, Nr. 41, S. 176.

Übergabe einer mit einem Gebäude verbundenen Maschine an den Käufer bei gleichzeitiger Vermietung des Gebäudes an den Käufer der Maschine. (Preuß. R.). Das Berufungsgericht stellt fest, daß G. F. im Vertrage vom 12. Juli 1881 dem Beklagten mit der unter der Firma „Gebrüder F." betriebenen Buchdruckerei auch die dazu gehörige Dampfmaschine nebst Kupferröhren, Transmissionen, Riemen und einem Tau verkauft und übergeben habe. Die Revision rügt, daß die Übergabe der Dampfmaschine an den Beklagten rechtsirrtümlicherweise als geschehen angenommen sei, weil sie ohne die, nicht erfolgte, Lostrennung vom Gebäude, mit dem sie durch eingemauerte eiserne Balken und Schrauben verbunden gewesen sei, nicht habe bewirkt werden können. Dem ist jedoch unter den obwaltenden Umständen nicht beizutreten. Das Grundstück war nämlich gleichzeitig mit dem Kaufvertrage vom 12. Juli 1881 dem Beklagten zum Fortbetriebe der Druckerei von G. F. vermietet worden und der Beklagte hat das

Grundstück bis zu der am 27. Januar 1882 stattgehabten Zwangsversteigerung im Mietbesitze gehabt. Der Besitz der Maschine ist ihm mit dem Mitbesitze des Grundstücks, worin sie sich befand, übertragen worden. Es fehlte danach weder an der Besitzentschlagung von der einen Seite mit der Absicht der Eigentumsübertragung noch an einem Besitzergreifungsakte von der anderen Seite (§§ 58, 59, I. 7 A.L.R.); die körperliche Lostrennung der Maschine vom Grundstück war, da das Grundstück selbst in den Gewahrsam des Beklagten gelangte, nicht erforderlich, um den Beklagten zum Inhaber der Maschine und, insofern er bei deren Übernahme die Absicht hatte, darüber als über seine eigene Sache zu verfügen, zum vollständigen Besitzer der Maschine zu machen (§ 7, I. 7 A.L.R.).

Nr. 1815. I. Sen. 21. September 1887. I. 179. 87. Bd. 19, Nr. 47, S. 248.

Erfordernisse des Eigentumserwerbes durch Tradition. Besitzerwerb durch einen Stellvertreter (Generalbevollmächtigten). Nichtgenehmigung seitens des Prinzipals. Constitutum possessorium. (Gem. R.). Unstreitig ist der Geldbrief von dem Postboten dem Prokuristen des D. übergeben und von diesem unter Quittungserteilung in Empfang genommen worden, worauf D., als er unmittelbar darauf von der Entgegennahme des Geldbriefes durch den Prokuristen Kenntnis erhielt, die Rückgabe an den Postboten anordnete, weil er die fälligen Wechsel nicht einlösen wollte. Da jedoch der Postbote sich bereits entfernt hatte, konnte diese Rückgabe nicht ausgeführt werden. Der Geldbetrag in dem Briefe ist vom Kläger dem D. behufs Erfüllung der dem Kläger gegen D. obliegenden Verpflichtung übersandt, den Diskontierungserlös des dem Kläger von D. behändigten Acceptes des M. abzüglich der zu kürzenden Beträge dem D. zu übermitteln, also behufs Zahlung eines dem D. vom Kläger geschuldeten Betrages in der Absicht des Klägers geschehen, dem D. das Eigentum an dem Gelde zu übertragen. Der Geldbrief ist nach Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß des D. noch uneröffnet im Besitze des D.schen Prokuristen gewesen, und der Kläger ist mit der gegen den Konkursverwalter erhobenen Klage, in die Erhebung des hinterlegten Inhaltes des Geldbriefes zu willigen, in allen Instanzen abgewiesen. Schon dadurch, daß der Prokurist des D. den Geldbrief angenommen hat, ist das Eigentum daran auf D. übergegangen. Die früher sich auf Pauli sent recept. 5, 2 § 2 und auf l. 42 § 1 Dig. de acqu. vel amitt. poss. 41, 2 stützende Ansicht, daß der Besitzerwerb durch einen procurator omnium bonorum unmöglich sei, wenn nicht ein spezielles Mandat oder die Ratihabition des Geschäftsherrn hinzukommen, wird dadurch widerlegt, daß kein Grund vorliegt, den Satz des römischen Rechts, wonach per procuratorem der Besitz auch „ignorantibus" erworben werden kann, auf die Vollmacht zur Ergreifung des Besitzes einer im voraus genau bestimmten Sache zu beschränken, und daß vielmehr durch einen auf Grund erteilten Auftrags handelnden Stellvertreter der Besitz der Sache, welcher der Stellvertreter für den Auftraggeber ergreift, ohne Weiteres für den Letzteren erworben wird, auch wenn nur ein entsprechender genereller Auftrag vorliegt. In der Prokura war aber nach Art. 42 H.G.B. eine Generalvollmacht enthalten. Dadurch allein, daß bei dem D., indem er die (nicht realisierte) Rückgabe an den Postboten anordnete, der animus rem sibi habendi aufhörte, ist das durch den Besitzerwerb bereits begründete Eigentum nicht auf den früheren Eigentümer zurückgegangen. Auch der Umstand, daß D. die Erfüllung der früher getroffenen Vereinbarung, wonach das Geld zur Einlösung des fälligen Accepts verwendet werden sollte, abgelehnt hat, nachdem er den Eingang des Geldbriefes erfahren hatte, ist zur Rückgängigmachung des Eigentumsüberganges auf D. nicht geeignet; vielmehr vermag diese Nichterfüllung des Vertrages von seiten des D. nur eine Klage auf Vertragserfüllung oder eine Kondiktion zu begründen. Ein constitutum possessorium, durch welches das Eigentum des in dem Geldbriefe befindlichen Geldes wieder auf den Kläger zurückgegangen wäre, ist in der, nachdem D. am Morgen nach dem Eingange des Geldes gestorben war, zwischen dem Prokuristen

und dem Kläger stattgehabten Korrespondenz mit Recht nicht gefunden, da es zu einem Übereinkommen, daß der Prokurist, dessen Prokura allerdings durch den Tod des D. nicht erloschen war, für Kläger besitze, nach der maßgebenden Auslegung des Berufungsgerichts gar nicht gekommen ist.

Nr. 1816. I. Sen. 17. Dezember 1892. I. 311. 92. Bd. 30, Nr. 43, S. 141.

Erwerb von Besitz und Eigentum durch einen Stellvertreter für den Vertretenen, wenn jener die Sache zu kaufen beauftragt war, der Tradent sie ihm selbst schenken, er aber die Sache für den Machtgeber erwerben will. (Gem. R.). Die Klägerin vindiziert ein Pferd, einen Wagen und zehn Flaschenkörbe als ihr Eigentum von dem Beklagten mit der Begründung, daß ihr Agent B. diese Gegenstände in ihrem Auftrage für sie angeschafft habe. Sie hatte dem B. den Preis für die Sachen bezahlt. Das Landgericht hat der Vindikation für den Fall stattgegeben, daß der Beklagte einen Eid über seinen Besitz nicht leistet. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Die Revision war erfolglos. Dem Berufungsurteile ist darin beizupflichten, daß die Klage sowohl dann begründet ist, wenn B. die von der Klägerin vindizierten Gegenstände *nach* Ausstellung der Quittung über den Preis, als auch dann, wenn er sie vorher erworben hat. Daß im letzteren Falle das vom Berufungsgerichte angenommene constitutum possessorium unbedenklich ist und den Eigentumserwerb der Klägerin herbeigeführt hat, bedarf keiner besonderen Rechtfertigung. Was aber den ersten Fall anbelangt, so schließt sich das Reichsgericht der Ansicht derjenigen Rechtslehrer an, die für das gemeine Recht annehmen, daß der Stellvertreter bei einem sich durch Tradition vollziehenden Eigentumserwerbsgeschäfte für den von ihm vertretenen Geschäftsherrn Besitz und Eigentum erwerben kann, wenn nur der Stellvertreter im Einverständnisse mit dem Geschäftsherrn diesen Willen hat, mag auch der Tradent den Stellvertreter zum Besitzer und Eigentümer zu machen beabsichtigen und mag es der Stellvertreter an einer Erklärung seines Stellvertreterwillens gegenüber dem Tradenten, mit dem er in eigenem Namen kontrahiert, fehlen lassen. Mag man auch annehmen, daß in diesem Falle der Stellvertreter zunächst für sich Besitz und Eigentum erwirbt, so daß der Übergebende den obligatorischen Vertrag, den der Stellvertreter im eigenen Namen mit ihm abschließt, mit der Übergabe an den Stellvertreter, damit dieser erwerbe, erfüllt, so steht doch nichts entgegen, den Besitz und folgeweise das Eigentum auch hier mittels eines constitutum possessorium, das sich in dem Erwerbsakte selbst vollzieht, von dem Vertreter auf den Vertretenen übergehen zu lassen, wenn nur Beide den Erwerb des Geschäftsherrn wollen. Läßt sich aber auf diese Weise der Eigentumserwerb des Geschäftsherrn von dem obligatorischen Rechtsgeschäfte ablösen, das der Stellvertreter in einem und demselben Akte mit dem Dritten in eigenem Namen schließt, so läßt sich auch der sofortige und unmittelbare Eigentumserwerb des Geschäftsherrn für den Fall konstruieren, daß dieser den Vertreter beauftragt hat, für ihn zu kaufen, während der Stellvertreter sich von dem Dritten schenken läßt. Steht es nur fest, und dies nimmt der Berufungsrichter offensichtlich an, daß der Stellvertreter den ihm erteilten Auftrag eben damit ausführen will, daß er die ihm schenkungsweise übergebene Sache für den Auftraggeber erwerben will, um ihm den entsprechenden Kaufpreis anzurechnen, so läßt sich auch hier die causa des eigenen Erwerbes des Stellvertreters von der sich in dem Erwerbe vollziehenden Übertragung des Eigentums auf den Geschäftsherrn ablösen. Es mag ja zuzugeben sein, daß *thatsächlich* in einem Falle, wie er nach der Behauptung des Revisionsklägers mit dem Erwerbe des Pferdes vorgelegen haben soll, nicht so leicht der Vertreter für den Geschäftsherrn unmittelbar und sofort wird erwerben wollen. Weit näher liegt es anzunehmen, daß ein mit dem Ankaufe eines Pferdes Beauftragter, wenn er demnächst ein Pferd von einem Dritten geschenkt erhält, das Geschenk zunächst für sich annimmt und sich vorbehält, sich mit dem Geschäftsherrn darüber auseinanderzusetzen, ob dieser die geschenkte Sache als eine

für ihn gekaufte und zu welchem Preise er diese annehmen will. Aber eine Gesetzesverletzung ist darin nicht enthalten, daß das Berufungsgericht thatsächlich festgestellt hat, daß B., wenn ihm das Pferd geschenkt sei, es habe für die Klägerin erwerben wollen.

Nr. 1817. II. Sen. 7. Mai 1880. II. 161. 79. Bd. 1, Nr. 148, S. 415.

Eigentumsübergang der Handelsware bei Versendung. Choses perdues. (Rhein. R.). Nach französischem Recht ist für den Übergang des Eigentums in jeder Beziehung (auch Dritten gegenüber) nur der Vertragswille, sei es der ausdrücklich erklärte, sei es der nach dem Umständen zu vermutende, entscheidend. Dies gilt auch beim Genuskaufe und zwar von dem Zeitpunkte an, wo die Individualisierung des Vertragsgegenstandes im Sinne des Vertrages stattgefunden hat. Art. 1138, 1583, 1585 code civil. Dieser Zeitpunkt trifft in der Regel mit der Verabfolgung der verkauften Handelsware an den vom Verkäufer im vermuteten Auftrage des Käufers gewählten oder von Letzterem selbst bezeichneten Spediteur oder Frachtführer zusammen. Bei Vorbehalt des Eigentums bis zu der bei Aushändigung des Konnossements bedungenen Zahlung des Kaufpreises findet der Eigentumsübergang nach dem Vertragswillen jedenfalls in dem Augenblicke statt, wo der Käufer die Bedingung für Aushändigung des Konnossements erfüllt hatte, also berechtigt war, Konnossement und somit die Ware selbst zu verlangen. Da nicht die Tradition als solche, sondern der Vertragswille den Übergang des Eigentums bewirkt, so kommt es nicht darauf an, ob das richtige Konnossement und somit die richtige Ware ausgeliefert wurde oder nicht. Der Käufer kann daher gegen den Dritten die diesem nur aus Irrtum überlieferte in Wirklichkeit für den Käufer bestimmte Ware vindizieren. Die Bestimmungen der Art. 306, 308 H.G.B. sind in diesem Falle nicht anwendbar, da der Beklagte diejenige Ware, deren Herausgabe der Kläger verlangt, nicht gekauft hat, sie ihm vielmehr nur aus Irrtum (infolge einer am Bestimmungsorte erfolgten Verwechselung mit der für den Beklagten bestimmten Ware) überliefert worden ist. Die Ausnahme des Art. 2279 code civil für choses perdues (ou volées) von dem Grundsatze „en fait de meubles la possession vaut titre“ trifft auch hier zu, da der Ausdruck „perdues“ nicht in engerer, sondern in weiterer Bedeutung zu verstehen ist, wonach er der Regel nach alle Fälle umfaßt, wo Jemand ohne seinen Willen den Besitz der Sache verloren hat. Nr. 254.

Nr. 1818. VI. Sen. 6. Juli 1891. VI. 115. 91. Bd. 28, Nr. 58, S. 269.

Klagrecht des vollständigen redlichen Besitzers auf Schadensersatz bei Beschädigung der Sache. (Preuß. R.). Das Berufungsgericht läßt ungeprüft, ob die Kläger das in Anspruch genommene Fischereirecht durch Kauf oder durch Ersitzung rechtsgültig erworben haben, indem es sie zu der vorliegenden Entschädigungsklage schon deshalb für legitimiert erachtet, weil festgestelltermaßen „jeder Kläger im vollständigen redlichen Besitze der von ihm gekauften Fischereigerechtigkeiten, also des Rechts, die Fischerei auf den angegebenen Wasserstrecken des fraglichen Privatflusses mit Ausschluß jedes Dritten auszuüben, in der Zeit gewesen ist, in der nach der Behauptung der Kläger die Beschädigung ihres Fischereirechts durch die Abwässer der Fabrik der Beklagten erfolgt ist“. Die Feststellung des vollständigen redlichen Besitzes wird von der Beklagten nicht bemängelt. Dagegen sucht die Revision der Beklagten auszuführen, daß der vollständige Besitzer als solcher, also ohne den Nachweis seines Eigentums (seines Rechts) zur Klage auf Schadenssatz für die untergegangene oder beschädigte Sache (sein Recht) nicht legitimiert sei. Diese Ausführung kann nicht für zutreffend erachtet werden. Wenn auch der § 176, I. 7 A.L.R. auf den Titel 15 hinweist, so verleiht er doch dem vollständigen Besitzer gegen jeden Anderen als den wahren Eigentümer nicht bloß die in Titel 15 besonders behandelte Rückforderungsklage (Publiciana in rem actio), sondern ausdrücklich „alle Rechte des Eigentümers“ und zu diesen Rechten des Eigentümers gehört zweifellos auch das Recht auf Schadensersatz wegen Untergang oder Beschädigung

seiner Sache (§§ 79 ff. I. 6 A.L.R.). Danach konnte die Beklagte, die für sich ein Fischereirecht nicht in Anspruch nimmt, und ebensowenig bestimmte dritte Personen als fischereiberechtigt bezeichnet, mit dem Einwande der mangelnden Aktivlegitimation nicht durchdringen. Vergl. Motive zum Entwurf des B.G.B. für das Deutsche Reich Bd. 3 S. 432, 433.

Nr. 1819. V. Sen. 17. Oktober 1888. V. 168. 88. Bd. 22, Nr. 54, S. 265.

Vindikation von Inhaberpapieren. Einlösungsrecht des Gläubigers an einer für ihn gepfändeten, dem Schuldner nicht gehörigen Sache. (Preuß. R.). Die Reichsbanknoten sind nicht Geld, sondern Inhaberpapiere (§ 18 des Reichsbankgesetzes vom 14. März 1875, § 5 Abs. 2 des Gesetzes vom 30. April 1874). Der Zweck der Zwangsvollstreckung ist, die Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen. Diese tritt nicht schon mit der Pfändung von Sachen des Schuldners, sondern erst nach deren Versteigerung und der Ablieferung des Erlöses an den Gläubiger ein. Bis zu diesem Zeitpunkte kann der Dritte, welchem an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, nach § 690 C.P.O. seinen Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage geltend machen. Im vorliegenden Falle kommt es darauf an, ob die für die Vindikation von Inhaberpapieren in den §§ 45—47, I. 15 A.L.R. gegebenen Vorschriften zutreffen. Das A.L.R. bestimmt im Widerspruche mit dem römischen Recht, daß die Vindikation von Geld und Inhaberpapieren gegen den redlichen Besitzer nicht stattfindet, auch wenn dieselben noch unvermischt vorgefunden werden. Dagegen läßt es die Vindikation gegen den unentgeltlichen Erwerber unter den Voraussetzungen des § 46 a. a. O. zu. Es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber in diesem zweiten Falle von den Grundsätzen des zur Zeit des Erlasses des A.L.R. geltenden gemeinen Rechts hat abweichen wollen, sondern es muß davon ausgegangen werden, daß die Worte des § 46 unter obigen Umständen sich nur auf das im § 45 das. gedachte Merkmal der Unterscheidbarkeit beziehen. Sowohl die preußische Praxis als die Doktrin haben nicht bezweifelt, daß die Identität vindizierter Inhaberpapiere durch deren Nummern dargethan werden könne. Diese Unterscheidbarkeit ist im vorliegenden Falle festgestellt. Ebenso liegt das zweite Erfordernis des § 46 a. a. O., unentgeltliches Überkommen der Papiere, hier vor. Die Klage ist daher nach §§ 45—47, I. 15 A.L.R. begründet. — Der Einwand des Beklagten, daß die Bedingungen zur Anwendung des § 80, I. 20 A.L.R. gegeben sei und daß er also nicht zur Herausgabe der für ihn bei seinem Schuldner gepfändeten Banknoten ohne Ersatz verurteilt werden könne, ist nicht begründet. Die Bestimmung des § 72, I. 20 A.L.R., wonach die Sache bei Begründung des Pfandrechts zum Vermögen des Schuldners gehören muß, findet auch auf das Pfändungspfandrecht (§ 709 C.P.O.) Anwendung. Von diesem Grundsatze enthält auch der § 80, I. 20 A.L.R. keine Ausnahme. Hier kommt noch weiter hinzu, daß bei Lage der Sache nicht anzunehmen ist, der Beklagte habe für den Besitzerwerb an den Banknoten etwas aus seinem Vermögen aufgewendet. Es ist richtig, daß die Pfandbestellung für eine bereits bestehende Forderung ein entgeltliches Rechtsgeschäft bildet. Nr. 1795. Nr. 4130. Nr. 4118. Aber für das Einlösungsrecht hat das Gesetz im § 80 a. a. O. weiter vorgeschrieben, daß nur der Ersatz des „wirklich Gegebenen" verlangt werden kann. Hier hat der Beklagte, um den Besitz der Banknoten zu erlangen, nichts gegeben. Sein Anspruch an seinen Schuldner besteht unverändert fort. Es liegt nur ein Versuch vor, ihn im Wege der Zwangsvollstreckung zu realisieren. Es bedarf daher keiner Erörterung der streitigen Frage, ob der Beklagte durch die Pfändung des Gerichtsvollziehers Besitzer der Banknoten geworden ist.

Nr. 1820. III. Sen. 22. Februar 1884. III. 306. 83. Bd. 11, Nr. 50, S. 239.

Vindikation eines Sparkassenbuches. Aufhebung der Privatstrafen durch das St.G.B. (Gem. R.). Sparkassenbücher, sofern sie nicht ausdrücklich auf den Inhaber

lauten, können in ihrer Eigenschaft als Schuldbokumente wie andere Urkunden und Sachen selbständige Gegenstände des Eigentums und Miteigentums sein und unterliegen als solche der Eigentumsklage oder, falls sie im Miteigentum Mehrerer stehen, der petitorischen Klage auf Regelung der Gemeinschaft. Für die Eigentums- oder Miteigentumsfrage ist dabei der Umstand, daß ein Sparkassenbuch etwa auf den Namen eines Anderen als desjenigen, welcher die darin verbrieften Einzahlungen geleistet hat, geschrieben wurde, an und für sich ebensowenig entscheidend, wie diese Thatsache allein den Dritten noch nicht der Sparkasse gegenüber forderungsberechtigt macht. Für die erstere zumal dann nicht, wenn der nur auf dem Umschlage des Buches bezeichnete Dritte niemals den (redlichen) Besitz oder Mitbesitz der Urkunde, sei es unmittelbar durch den Einleger, sei es mittelbar dadurch, daß die Sparkassenverwaltung diesen Besitz auf den Einleger als Stellvertreter des Dritten übertrug, erlangt hat, während das Forderungsrecht selbst für den Letzteren ohne Weiteres nur unter der Voraussetzung erworben wird, daß die Belegung des Geldes durch den Einleger in Stellvertretung oder zu Gunsten des Dritten nach dem erkennbaren Willen des Ersteren erfolgt. Es hängt daher, wie in jedem Falle so auch in dem vorliegenden, von den näheren Umständen ab, ob der Beklagte, welcher sich eigenmächtig in den Besitz des auf seinen Namen geschriebenen Sparkassenbuches gesetzt hat, aus der an sich nur einseitigen Handlung des Klägers, dem Schreibenlassen des Sparkassenbuches auf den Namen des Beklagten bei der unbestritten durch den Kläger stattgehabten Einzahlung der einzelnen Beträge, ein Eigentums- oder Miteigentumsrecht an der Urkunde und ein Forderungsrecht bezüglich der verbrieften Einlagen erlangt hat, und es wird weiter zu erwägen sein, ob, wenn die Übereignung des Buches an den Kläger als zugestanden oder sonst feststehend angenommen werden muß, der Beklagte imstande ist, durch die vorgeschützten Einreden die Klage aus dem Eigentum oder Miteigentum zu elidieren. — Der in der eigenmächtigen Besitznahme des Sparkassenbuches seitens des Beklagten liegende Akt der Selbsthilfe hat nach heutigem gemeinen Rechte nicht den Verlust des dem Beklagten etwa an dem Buche zustehenden Eigentums- oder Miteigentumsrechts zur Folge. Zwar geht nach römischem Recht wie auch nach den Vorschriften des kanonischen Rechts und der älteren deutschen Reichsgesetzgebung infolge unerlaubter Selbsthilfe vermöge Gesetzes das Recht des Eigentümers und Vergewaltigers zur Strafe verloren und wird ohne Weiteres (ipso jure) auf dessen Gegner dergestalt übertragen, daß der Letztere sofort vindizieren kann. Vergl. c. 7 Cod. unde vi 8, 4; c. 18 de praeb. in IV°.; § 2 Tit. 32 der Kammergerichtsordnung von 1521; § 15 Tit. 3 Reichsabschied von 1532. Allein ganz abgesehen von der Frage, ob danach jede Eigenmacht oder nur die mit vis atrox verbundene Selbsthilfe des Eigentümers jene Wirkung herbeiführte, ist die erwähnte Privatstrafe selbst in denjenigen Ländern des gemeinen Rechts, in welcher sie nicht schon früher gewohnheitsrechtlich oder durch die Landesgesetzgebung beseitigt war, durch das R.St.G.B. vom 31. Mai 1870 aufgehoben worden. Unverkennbar beabsichtigten die angeführten Bestimmungen des römischen, kanonischen und deutschen Rechtes die Bestrafung der unerlaubten Selbsthilfe. Letztere gehört aber zu den Materien, deren Strafbarkeit oder Nichtstrafbarkeit das R.St.G.B. regeln wollte. Letzteres bedroht die Eigenmacht nur dann, wenn sie in besonders schweren Fällen, namentlich durch Anwendung strafbarer Mittel verübt wird, mit bestimmten Strafen. Es ist daher der Schluß gerechtfertigt, daß die Strafen der qualifizierten Selbsthilfe keine anderen sein können als die im R.St.G.B. angedrohten, die Eigenmacht als solche aber nicht länger unter Strafe gestellt ist. Nr. 229. Nr. 1451.

Nr. 1821. I. Sen. 14. Dezember 1881. I. 624. 81. Bd. 6, Nr. 4, S. 17.

Ausschluß der Redlichkeit des Erwerbes durch grobes Verschulden. Art. 306, 307 H.G.B. Der Begriff des redlichen Erwerbes in Art. 306 H.G.B. ist nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen zu bestimmen. Civilrechtlich gilt aber der nicht

als redlicher Erwerber, dem hätte bekannt sein müssen, daß er mit der Aneignung objektiv ein Unrecht begeht, wenn seine Unbekanntschaft mit dem seinem Erwerbe entgegenstehenden Hindernis auf grobes Verschulden, auf einen nicht entschuldbaren Irrtum zurückzuführen ist. Dies entspricht für das gemeine Recht und bezüglich des Erwerbes durch ordentliche wie außerordentliche Ersitzung der herrschenden Lehre. Denselben Grundsatz hat das B.G.B. für Sachsen in § 267 für die Ersitzung aufgestellt. Noch weiter gehen die Bestimmungen des preußischen A.L.R. Vergl. §§ 11, 13, 15, I. 7; § 47, I. 15 A.L.R. Das H.G.B. stellt den Erwerb von Inhaberpapieren bezüglich des Erfordernisses der Redlichkeit auf keine wesentlich andere Grundlage. Gerade die aus der leichten Übertragbarkeit dieser Papiere erwachsende Gefahr legt dem redlichen Manne die Verpflichtung auf, sich der Prüfung der obwaltenden Umstände nicht zu entziehen. Das in Art. 305 H.G.B., Art. 74 W.O. bezüglich der indossabelen Ordrepapiere ausgesprochene Prinzip ist auch auf die Bestimmungen der Art. 306 und 307 anzuwenden. Nr. 1822. Nr. 1823.

Nr. 1822. V. Sen. 14. November 1891. V. 171. 91. Bd. 28, Nr. 22, S. 109.

Umfang der Pflicht des Erwerbers oder Pfandnehmers von Inhaberpapieren zur Prüfung der Verfügungsbefugnis des Veräußerers. Örtliches Recht der Einrede des redlichen Erwerbes. Art. 307 H.G.B. §§ 47 ff. I. 15; §§ 80, 91, I. 20 A.L.R. (Reichs- und preuß. R.). M. hat, als er Schultheiß der klagenden Gemeinde Meiningen war, von dem Beklagten (Vorschußverein in Naumburg a. S.) ein Darlehen von 1900 Mk. erhalten und ihm dafür vier Saalbahnprioritäten zum Betrage von zusammen 2000 Mk. verpfändet. Diese zu den Schulkapitalien gehörigen Papiere waren Eigentum der Klägerin. Sie waren durch einen von M. darauf gesetzten und mit dem Amtssiegel des Gemeindevorstandes versehenen Vermerk außer Kurs gesetzt worden. Nach der Behauptung der Klägerin hat M. unbefugterweise und in rechtlich unwirksamer Form die Papiere, bevor er sie durch Verpfändung in seinen Nutzen verwendete, wieder in Kurs gesetzt. Der Berufungsrichter geht mit Recht davon aus, daß die Klägerin die Eigentumsklage angestellt hat. Ihr Antrag ging anfänglich auf Herausgabe der fraglichen Prioritäten. Nachdem der Beklagte angezeigt hat, daß die Einlösung und Vernichtung der Papiere von ihm erwirkt sei, hat sich der Eigentumsanspruch auf Herausgabe des von dem Beklagten empfangenen Äquivalents verwandelt. Die hierauf nach dem veränderten Antrage gerichtete Klage ist also nicht eine Klage auf Entschädigung aus einer unerlaubten Handlung. Dem Berufungsrichter ist darin beizustimmen, daß auf das Rechtsverhältnis, das durch die Verpfändung der Aktien in Naumburg begründet wurde, also namentlich auf die Frage, welche Einreden der Beklagte als redlicher Pfandbesitzer der Eigentumsklage entgegenstellen kann, das Recht des Ortes, wo die Verpfändung stattfand, hier also das preußische A.L.R. angewendet werden muß. Von den Erfordernissen der Eigentumsklage hat der Berufungsrichter das Eigentum der Kläger an den Papieren zur Zeit der Verpfändung festgestellt; ebenso waltet kein Zweifel darüber ob, daß der Beklagte durch die Verpfändung den Besitz der Papiere erlangt hat. Es kommt also nur auf den Einwand des Beklagten an, daß ihm als redlichem Pfandnehmer das einem solchen im § 80, I. 20 A.L.R. beigelegte Einlösungsrecht zusteht. In dieser Beziehung stellt der Berufungsrichter fest, daß die Papiere entsprechend den Vorschriften sowohl des meiningischen Rechts (des Rechts des Wohnsitzes der Klägerin, wo sich auch die Papiere befanden), als des weimarischen Rechts (des Rechts des Emissionsortes der Saalbahnprioritäten, Jena) außer Kurs gesetzt waren. Läge nur diese Thatsache vor und hätte also eine gültige Wiederinkurssetzung der Papiere nicht stattgefunden, so würde hier die Anwendbarkeit des § 80 a. a. O. fortfallen; denn der Beklagte hätte sich durch Nichtberücksichtigung dieses aus den Papieren ersichtlichen Umstandes einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht, die nach § 91 a. a. O. das Einlösungsrecht ausschließt. Der Beklagte be-

hauptet jedoch, bei der Verpfändung seien die Prioritäten durch einen dem Außerkurssetzungsvermerke entsprechenden, mit dem Amtssiegel der Klägerin und der Unterschrift des nach meiningischem Recht hierzu befugten Schultheißen M. versehenen Vermerk rechtsgültig wieder in Kurs gesetzt worden. Die Klägerin bestreitet, daß sich unter dem Vermerke das Amtssiegel der Gemeinde befunden habe, und stellt dessen Rechtsgültigkeit in Abrede. Der Berufungsrichter hat den durch Eideszuschiebung angetretenen Beweis des Beklagten über die Form des Vermerkes nicht erhoben, vielmehr den Streit der Parteien über die Rechtsgültigkeit des Inkurssetzungsvermerkes unentschieden gelassen, weil er annimmt, daß der Beklagte mindestens für einen unrechtfertigen Besitzer der Papiere zu erachten sei und deshalb nach § 91, I. 20 A.L.R. das nur dem redlichen Besitzer beigelegte Einlösungsrecht nicht in Anspruch nehmen könne. Er geht davon aus, daß man bei dem gewerblichen Effektenhandel besonders strenge Anforderungen an ein achtsames Verhalten des Erwerbers stellen müsse. Diesem Erfordernisse habe der Beklagte nicht genügt, denn der Umstand, daß M. früher die Außerkurssetzung der Papiere bewirkt hatte und daß derselbe Beamte bei der „Rückverwandlung der Rektapapiere in Inhaberpapiere" beteiligt war, habe bei Anwendung eines gewöhnlichen Grades von Aufmerksamkeit dem Beklagten Zweifel über die Rechtmäßigkeit des M.schen Besitzes erregen müssen. Sonach habe der Beklagte, um als redlicher Besitzer gelten zu können, vor dem Erwerbe Erkundigungen über die Rechtmäßigkeit des M.schen Besitzes anstellen müssen. Da er dies nicht gethan habe, spricht er ihm das aus § 80, I. 20 A.L.R. hergeleitete Recht ab. Diese Entscheidung geht fehl. Der Grundsatz, daß beim gewerblichen Effektenhandel der Erwerber oder Pfandnehmer die nach den Umständen gebotene Vorsicht beachten muß, läßt sich nicht in Frage stellen. Das Reichsgericht hat bereits im Falle Nr. 1821 ausgesprochen, aus der besonderen Natur der zum Kursieren bestimmten Inhaberpapiere sei zwar zu folgern, daß der, dem Inhaberpapiere zum Erwerbe angeboten werden, nicht verpflichtet sein soll, in demselben Maße wie bei anderen Sachen, die der Eigentümer dem dritten Besitzer unbeschränkt oder doch in weiterem Umfange abfordern darf, die Legitimation des Veräußerers zu prüfen; werde aber durch die Umstände Grund zu einer Prüfung geboten, so müsse gerade die Gefahr, die dem Eigentümer aus der leichten Übertragbarkeit jener Papiere erwächst, dem redlichen Manne die Verpflichtung auferlegen, sich dieser Prüfung nicht zu entziehen. Als einen derartigen den Erwerber zur Prüfung veranlassenden Umstand hat das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen die Beachtung von Anzeigen über gestohlene Inhaberpapiere bezeichnet und bei Unterlassung der Beachtung den Erwerber für einen unrechtfertigen Besitzer erklärt. Wenn die Polizeibehörde den Bankiers Mitteilung macht, daß bestimmt bezeichnete Papiere gestohlen sind, oder wenn die Nummern von gestohlenen Papieren in den dazu bestimmten Organen von der Polizeibehörde öffentlich bekannt gemacht worden, so hat das Reichsgericht angenommen, es dürfe nicht der Sorglosigkeit der benachrichtigten Bankiers anheimgegeben werden, diese Maßregeln wirkungslos zu machen. Nr. 1823. Eine weitere Ausdehnung dieses Grundsatzes dahin, daß der Erwerber eines in der Umlaufsfähigkeit nicht beschränkten Inhaberpapieres die Legitimation des über das Papier Verfügenden zu prüfen verpflichtet sei, findet sich in den Urteilen des Reichsgerichts nicht ausgesprochen. Dem gewerblichen Verkehr mit Inhaberpapieren würden durch die Annahme einer so weit gehenden Verpflichtung beengende und nach den bestehenden Gesetzen nicht beabsichtigte Fesseln angelegt werden. Damit soll nicht gesagt sein, daß der Erwerber in allen Fällen die genügende Vorsicht beobachtet, wenn er die polizeilichen Mitteilungen berücksichtigt. Es können vielmehr im einzelnen Falle die obwaltenden Umstände, z. B. die bekannten persönlichen Verhältnisse des Verfügenden, den Erwerber von Inhaberpapieren zwingen, die Rechtmäßigket des Besitzes des Verfügenden zu prüfen. Derartige Umände sind hier aber nicht festgestellt. Die Thatsache allein, daß M., der die hier fraglichen Papiere außer Kurs gesetzt hatte, sie auch wieder in Kurs

gesetzt hat, würde, wenn er der zu diesen Maßregeln gesetzlich bestimmte und befugte Beamte war, den Beklagten zu Nachfragen über die Rechtmäßigkeit seines Besitzes nicht verpflichtet haben, und das um so weniger, wenn er den Ruf eines wohlsituierten und eines pflichttreuen Beamten hatte, was das Berufungsgericht nicht verneint. Das Urteil ist deshalb aufgehoben. Wird bei der weiteren Verhandlung und Beweisaufnahme festgestellt, daß es an einem die Rechtsgültigkeit des Wiederinkurssetzungsvermerkes bedingenden Erfordernisse fehlt, so steht dem Beklagten die Einrede aus § 80, I. 20 A.L.R. nicht zu. Waren aber die Prioritäten gültig wieder in Kurs gesetzt, so ist, wenn nicht ein weiterer Beweis für die Unredlichkeit oder die Unrechtfertigkeit des Beklagten bei der Pfandnahme erbracht wird, die Klage als unbegründet zu verweisen.

Nr. 1823. I. Sen. 25. Januar 1896. I. 324. 95. Bd. 37, Nr. 20, S. 69.

Eigentumsklage auf Herausgabe gestohlener Inhaberpapiere. Guter Glaube beim Erwerbe. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Auf die Revision der Klägerin ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Da nach den Art. 306, 307 H.G.B. der redliche Erwerber eines Inhaberpapiers, auch wenn es gestohlen war, das Eigentum daran erlangt, so geht das Berufungsgericht mit Recht davon aus, daß die Vindikation des früheren Eigentümers, dem es entwendet ist, den Nachweis erfordert, daß der Besitzer das Papier unredlich erworben habe. Diese Unredlichkeit findet die Klägerin in den Thatsachen, daß das Stück Nr. 71488 ihr nebst mehreren anderen Stücken dieser (der italienischen fünfprozentigen) Rente am 9. Juni 1892 in einem Hamburger Hotel gestohlen ist und daß die Nummern der gestohlenen Stücke nicht nur durch Anschlag an der Börse, sondern auch durch einen von der Polizeibehörde den Bankiers mitgeteilten Laufzettel bald nach dem Diebstahl der Beklagten bekannt gegeben sind, die Beklagte aber das Papier am 28. Dezember 1894 von dem hamburgischen Bankhause L. & B. erworben hat, ohne das von ihr über die als gestohlen angemeldeten Papiere geführte Register eingesehen zu haben. Bezüglich der Frage, wann Unredlichkeit des Erwerbes anzunehmen sei, geht das Berufungsgericht von den in den Urteilen des Reichsgerichts Nr. 1821, Nr. 1822 ausgesprochenen Grundsätzen aus, meint aber, daß in jenen Fällen noch ein weiterer Thatbestand zu Grunde gelegen habe. Die daran geknüpften Ausführungen des Berufungsgerichts sind von der Revision mit Grund als rechtsirrtümlich angegriffen. Denn sie stellen ohne weitere konkrete Begründung als Prinzip auf, daß ein Bankier, wenn nur seit dem Diebstahle eines Inhaberpapiers und der ihm polizeilich davon gemachten Anzeige ein gewisser Zeitraum verflossen ist und wenn ihm das als gestohlen bezeichnete Papier von einem achtbaren Bankierhause angeboten wird, sich der ihm an sich obliegenden Verpflichtung, eine ihm speziell zugegangene Anzeige und Warnung vor dem Ankaufe zu beachten, entschlagen darf, weil er ohne Weiteres zu unterstellen berechtigt ist, daß bereits dies Bankhaus oder irgend ein anderer redlicher Kaufmann die ihm obliegende nämliche Verpflichtung erfüllt haben werde. Das ist aber nicht zu billigen, da auf diese Weise solche polizeilichen Anzeigen ihren Zweck völlig verfehlen und illusorisch sein würden, sobald nur das gestohlene Papier, gleichviel auf welche Weise, erst einmal in den Besitz irgend eines als achtbar geltenden Bankhauses gelangt ist, indem dann jeder folgende Erwerber sich der auch ihm obliegenden Prüfungspflicht überhoben erachten dürfte und es zur Ausschließung der Vindikation des Papiers seitens des bestohlenen Eigentümers schon genügen würde, wenn nur eines der vorbesitzenden Bankhäuser beim Erwerbe grob fahrlässig gehandelt hat. Als gerechtfertigt würde dieser vom Berufungsgericht aufgestellte Grundsatz nur dann erscheinen, wenn sich eine (wenigstens thatsächliche) Vermutung dafür geltend machen ließe, daß ein das gestohlene Papier veräußernder achtbarer Bankier nicht nur nicht selbst der Dieb sein, sondern auch bei seinem Erwerbe des Papiers nicht grob fahrlässig gehandelt haben werde. Denn

nur dann würde die Nichtbeachtung der polizeilich gemachten Diebstahlsanzeige seitens des Erwerbers vielleicht damit entschuldigt werden können, daß der Schluß aus der Entwendung des Papiers auf die Unrechtmäßigkeit des Besitzes des derzeitigen Veräußerers beseitigt gewesen sei. Eine solche Vermutung hat aber das Berufungsgericht selbst nicht aufgestellt und eine solche läßt sich auch unmöglich aufstellen. Wie wenig gerechtfertigt sie sein würde, ergiebt sich vielmehr aus den Fällen, auf die sich die Urteile Nr. 1821, Nr. 1824 beziehen. Denn in diesen Fällen waren es gerade Bankhäuser, deren sonstige Achtbarkeit in keiner Weise beanstandet war, gegen die aber dennoch rechtskräftig festgestellt ist, daß sie geraubte bezw. gestohlene Inhaberpapiere unter gänzlicher Nichtbeachtung der über den Raub bezw. Diebstahl der Papiere ihnen direkt gemachten polizeilichen Anzeige oder doch der darüber durch Anschlag an der Börse und durch die betreffenden amtlichen Blätter veröffentlichten polizeilichen Bekanntmachungen sogar von ihnen ganz unbekannten Personen gekauft hatten, ohne irgend welche Schritte zu thun, um sich eine begründete Meinung über die Redlichkeit und den rechtmäßigen Erwerb des Verkäufers der thatsächlich gestohlenen oder doch von der Behörde als solchen bezeichneten Papiere bilden zu können. Gegenüber solchen wiederholten Vorkommnissen im Geschäftsbetriebe von Bankhäusern fehlt es aber für die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Beklagte, weil ihr das Papier von einer ihr als achtbar bekannten Bankfirma im regelrechten Handelsverkehr angeboten wurde, sich die Möglichkeit, daß die Veräußererin bei dem ihrerseits vorgenommenen Erwerbe mit grober Fahrlässigkeit gehandelt haben könne, nicht habe zu vergegenwärtigen brauchen und daß sie deshalb auch keine Veranlassung gehabt habe, die von ihr über die als gestohlen angemeldeten Papiere geführten Listen einzusehen, an einem genügenden Anhalt, als welcher auch die Thatsache, daß seit dem Diebstahle und der polizeilichen Anzeige ein Zeitraum von $2^1/_2$ Jahren verflossen war, für sich allein unmöglich angesehen werden kann. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß an sich schon die bloße Thatsache der Nichtberücksichtigung derartiger polizeilicher Anzeigen seitens eines den Verkehr mit Wertpapieren gewerbsmäßig betreibenden Kaufmannes zur Begründung eines groben Verschuldens beim Erwerbe eines gestohlenen Papiers und mithin zur Annahme seiner Unredlichkeit beim Erwerbe genügt, sofern er nicht seinerseits besondere Umstände darzuthun vermag, die sein Verhalten in dem vorliegenden Einzelfalle als entschuldbar und ihn als gutgläubig erscheinen lassen. Das Einzige, was die Beklagte hierfür geltend gemacht hat, erscheint aber dem Vorstehenden zufolge nicht als ausreichend. Die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs und auf Treue und Glauben legen vielmehr jedem Bankier, dem von dem Diebstahle bestimmter Papiere amtlich Anzeige gemacht ist, die Pflicht auf, auch seinerseits zur Erreichung des Zweckes dieser Anzeige mitzuwirken und sich nicht bei dem Gedanken zu beruhigen, daß der andere Bankier, von dem ihm ein als gestohlen bezeichnetes Papier zum Erwerbe angeboten wird, ebenfalls die Anzeige erhalten und sich schon seinerseits beim Erwerbe des Papiers davon überzeugt habe, daß er es trotz des vorgekommenen Diebstahls ohne Bedenken erwerben dürfe. Die Beklagte hätte daher bei der Lieferung des hier fraglichen Papiers von L. & B. ihre Listen einsehen und es, da es sich in diesen als gestohlen bezeichnet fand, entweder als nicht lieferbar zurückzuweisen oder sich doch vor dem Erwerbe durch Erkundigungen bei L. & B. davon überzeugen müssen, daß diese das Papier redlich erworben hätten und daher zur Verfügung darüber berechtigt seien. Daß sie irgend einen besonderen Grund gehabt habe, die Diebstahlsanzeige, die sich auf einen sehr erheblichen Betrag italienischer Rente bezog, nach $2^1/_2$ Jahren bereits als erledigt anzusehen oder speziell auf seiten ihrer Rechtsvorgängerin, der Firma L. & B., eine Fahrlässigkeit beim Erwerbe für ausgeschlossen zu halten, hat die Beklagte gar nicht behauptet, und es ist dies auch vom Berufungsgericht nicht geltend gemacht worden. Das Berufungsgericht hat hiernach bei der Feststellung, daß die Beklagte beim Erwerbe des hier fraglichen Papiers kein Verschulden treffe, den Begriff der Unredlichkeit bezw.

groben Fahrlässigkeit verkannt. Dem stehen auch die früheren Urteile des Reichsgerichts Nr. 1821 und Gruchot Bd. 28 S. 245 ff. nicht entgegen. Bei der anderweitigen Verhandlung und Entscheidung in der Berufungsinstanz ist davon auszugehen, daß der Klaganspruch unter Voraussetzung der Erbringung des Beweises des früheren Eigentums der Klägerin an dem Papiere und des ihr widerfahrenen Diebstahls daran an sich begründet ist, ohne daß es noch eines weiteren Beweises der Klägerin bedarf. Auf das Verschulden der Beklagten bei ihrem Erwerbe des Papiers würde es aber nicht ankommen und dasselbe würde für sie unschädlich sein, wenn L. & B. oder einer der früheren Vormänner der Beklagten redliche Erwerber des Papiers gewesen sein sollten. Denn damit würden diese nach den Art. 306, 307 H.G.B. Eigentümer des Papiers geworden und das frühere Eigentum der Klägerin würde dadurch erloschen sein, so daß die Klägerin das Papier auch gegenüber den Rechtsnachfolgern des gutgläubigen Erwerbers nicht würde vindizieren können, sollten diese auch beim Erwerbe gewußt haben oder haben wissen müssen, daß das Papier gestohlen war. Dies zu beweisen, wäre aber Sache der Beklagten, wogegen der Klägerin selbstverständlich der Beweis ihrer Behauptung freistehen würde, daß auch die Vormänner der Beklagten das Papier unter Nichtbeachtung der auch ihnen gemachten Diebstahlsanzeige in grob fahrlässiger Weise erworben haben und daher nicht redliche Besitzer gewesen seien. Dieselbe Verteilung der Beweislast gilt auch für die widersprechenden Behauptungen der Parteien darüber, ob S. K. oder dessen Vorbesitzer, das Bankhaus M. S. in Paris, das Eigentum an dem Papiere auf Grund des französischen Gesetzes vom 15. Juni 1872 über verloren gegangene Inhaberpapiere erworben habe.

Nr. 1824. I. Sen. 22. Februar 1882. I. 673. 81. Bd. 6, Nr. 23, S. 86.

Begriff des redlichen Erwerbers. Art. 306, 307 H.G.B. **Wirkung der öffentlichen Bekanntmachung der Entwendung von Inhaberpapieren.** (Preuß. R.). Die Bestimmungen der §§ 52, 53, I. 15 A.L.R. sind durch das H.G.B. nicht beseitigt. Die dort gedachte öffentliche Bekanntmachung kann wohl ausreichen, um eine grobe Fahrlässigkeit desjenigen zu begründen, welcher von derselben keine Kenntnis genommen hat, deshalb könnte nach Art. 306 und 307 H.G.B. gegen denjenigen, welcher unter solchen Umständen Inhaberpapiere erworben hat, sehr wohl eine Vindikation begründet sein. Demnach enthalten die §§ 52, 53 a. a. O. für einen solchen Besitzer günstigere Bestimmungen als die Art. 306, 307 H.G.B., sie sind also zufolge Art. 308 H.G.B. auch jetzt noch zur Anwendung zu bringen. — Dem H.G.B. liegt in den Art. 306, 307 für das ganze Gebiet seiner Geltung ein einheitlicher Begriff des „redlichen Erwerbers" zu Grunde dergestalt, daß eine dem Erwerber zur Last fallende grobe Fahrlässigkeit, ein unentschuldbarer Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Erwerbes die Redlichkeit ausschließt. Der preußische Gesetzgeber hat aber durch die §§ 52, 53 a. a. O. nicht einen Zweifel beseitigen wollen, der sich für die Anwendung des Begriffes vom redlichen Erwerber, wie er sonst im Gesetzbuche aufgestellt ist (vergl. §§ 11 ff. I. 7 A.L.R.) in dem vorliegenden Falle etwa ergeben könnte. Vielmehr hat es dem Gesetzgeber nicht angemessen geschienen, daß das sichere Erwerben von Inhaberpapieren, die zum Kursieren bestimmt sind, durch die Sorge um früher etwa ergangene öffentliche Bekanntmachungen von Verlusten oder Entwendungen der angebotenen Papiere erschwert würde. Nr. 1823.

Nr. 1825. VI. Sen. 20. Dezember 1888. VI. 230. 88. Bd. 22, Nr. 36, S. 183.

Ausschluß des Eigentumserwerbes des Indossatars eines Reichsbankanteiles, wenn der Indossant zur Veräußerung nicht befugt war. Die Vorschrift des Art. 305 H.G.B. bezieht sich auf Papiere, welche an Ordre lauten und durch Indossament übertragen werden können, wie solche in den Art. 301—304 a. a. O. behandelt sind. Zu ihnen gehören Reichsbankanteilscheine nicht. In betreff der Übertragung eines solchen

Anteilscheines bestimmt das Statut der Reichsbank vom 21. Mai 1875 §§ 4, 5 in Übereinstimmung mit Art. 182, 183 H.G.B., daß die Übertragung durch Indossament geschehen kann und daß für die Form des Indossaments die Art. 11—13 W.O. zur Anwendung kommen; daß im Verhältnisse zur Reichsbank nur diejenigen als Anteilseigner angesehen werden, welche als solche in den Stammbüchern eingetragen sind, und daß die Reichsbank zur Prüfung der Legitimation berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Abweichend vom Art. 305 H.G.B. wird bezüglich der Legitimation des Inhabers und der Prüfung derselben nicht auf die Bestimmungen der §§ 36, 74 W.O. verwiesen. Demnach kann Jemand nur dann durch Indossament Eigentum an einem Reichsbankanteilscheine erwerben, wenn der Indossant zur Übertragung berechtigt ist. Auf den guten Glauben des Indossatars kommt es nicht an.

Nr. 1826. I. Sen. 10. Juni 1882. I. 270. 82. Bd. 10, Nr. 9, S. 40.

Sparkassenbuch als bewegliche Sache. Art. 306 H.G.B. Der Ausdruck „bewegliche Sachen" des Art. 306 H.G.B. ist entsprechend dem Sprachgebrauche des H.G.B. (Art. 271, 273, 309, 313) enger auszulegen. Wie sonst neben den beweglichen Sachen „Wertpapiere" oder „Inhaberpapiere" genannt, also unter den beweglichen Sachen nicht mitbegriffen werden, so werden dadurch, daß in Art. 307 H.G.B. nur die Inhaberpapiere genannt sind, die Namenspapiere in Art. 306 a. a. O. wie in den anderen angezogenen Stellen ausgeschlossen. Dies hat darin seinen Grund, daß die Namenspapiere nicht zum Handel bestimmt sind, so daß der erweiterte Schutz des redlichen Erwerbers oder Pfandnehmers bei ihnen kein dringendes Bedürfnis ist. Das hier vindizierte Sparkassenbuch ist kein Inhaberpapier, sondern ein auf den Namen des Einlegers lautendes Legitimationspapier, fällt also nicht unter die „beweglichen Sachen" des Art. 306 a. a. O. Nr. 271. Nr. 2046. Nr. 4187. Nr. 2057. Nr. 280. Nr. 515. Nr. 4083.

Nr. 1827. II. Sen. 20. April 1880. II. 43. 80. Bd. 1, Nr. 93, S. 255.

Gesetzliches Pfandrecht. Verlust der Gewahrsam. Art. 306 H.G.B. Sachen, welche der Gewahrsam des Faustpfandgläubigers ohne dessen Wissen und Willen durch den Eigentümer entzogen und einem Dritten, der sie in gutem Glauben gekauft hat, übergeben sind, gelten als gestohlen oder verloren im Sinne von Art. 306 Abs. 4 H.G.B., und es findet, da das Pfandrecht nicht erloschen ist, die Rückforderung gegen den dritten Besitzer statt. Nr. 3760.

Nr. 1828. VI. Sen. 30. Oktober 1890. VI. 116. 90. Bd. 27, Nr. 7, S. 26.

Vermittelung des nach Art. 306 Abs. 1 H.G.B. stattfindenden Eigentumserwerbes durch constitutum possessorium. (Reichs- und gem. R.). Daß bei dem Worte „übergeben" in Art. 306 H.G.B. an jede Art der Übergabe, auch an ein bloßes constitutum possessorium, zu denken sei, wird allerdings von einzelnen Schriftstellern gelehrt. Für richtig kann aber nur die entgegengesetzte Ansicht gehalten werden, wonach in Art. 306 a. a. O. eine wirkliche körperliche Übergabe vorausgesetzt ist, also ein bloßes constitutum possessorium nicht genügt. Dabei kann die besondere Frage, welche Wirkung der Übergabe eines über die betreffenden Güter ausgestellten Ordrekonnossements an den durch dasselbe Legitimierten in der fraglichen Beziehung zukomme, hier unentschieden bleiben. Zwei Gründe verbieten ein bloßes constitutum possessorium als eine „Übergabe" im Sinne des Art. 306 anzusehen. Der eine Grund ist der geschichtliche, daß der Satz „Hand muß Hand wahren", als dessen Fortbildung oder moderne Formulierung sich die Bestimmung des Art. 306 darstellt, im älteren deutschen Rechte immer nur als den dritten wirklichen körperlichen Besitzer der Sache schützend aufgefaßt worden ist. Dazu kommt der andere Grund, daß der praktische, wirtschaft-

liche Sinn des in Art. 306 enthaltenen Rechtssatzes mit der Anwendung des letzteren auf den Fall eines bloßen constitutum possessorium unvereinbar sein würde. Nr. 1808. Nr. 1831.

Nr. 1829. I. Sen. 15. Juni 1891. I. 99. 91. Bd. 28, Nr. 7, S. 39.

Übergabe der Ware durch Aushändigung des vom detinierenden Spediteur auf den Namen des Erwerbers ausgestellten Lagerscheines an den Erwerber. Die Beklagte hatte im Juli 1888 dem S. eine Lokomobile nebst Kessel und Dampfrohrleitung zur Ausstellung in Dresden geliehen. Nach Beendigung der Ausstellung gab S. die Maschine in eigenem Namen der Klägerin, die in Dresden gewerbsmäßig Speditionsgeschäfte betreibt, zur Aufbewahrung. S. trat hierauf über den Verkauf der Maschine mit J. in Dresden in Verhandlungen, die zum Teil im Geschäftslokale der Klägerin stattfanden. S. veranlaßte deren Vertreter, an Stelle des ursprünglich auf seinen, des S., Namen ausgestellten Lagerscheines einen solchen auf den Namen des J. auszustellen, den der Letztere ausgehändigt erhielt. Diesen Lagerschein (a) sandte J. der Klägerin mit dem Bemerken zurück, daß aus dem Kaufe nichts geworden sei. Der Kauf kam aber bald darauf zustande, und auf Veranlassung des S. stellte nunmehr der Vertreter der Klägerin einen neuen Lagerschein (b) auf den Namen des J. aus und händigte ihn dem S. aus, der ihn unmittelbar darauf dem J. übergab. Erst nachdem dies geschehen war, meldete sich die Beklagte als Eigentümerin der Maschine bei der Klägerin, die bis dahin den S. für den Eigentümer gehalten hatte. Da S. nunmehr das Eigentum der Beklagten an der Maschine anerkannte, so übersandte die Klägerin auf Anweisung der Beklagten den Kessel nebst Zubehör an die Beklagte und die Maschine an eine andere Handlung. Bald darauf aber forderte S. auf Grund des Lagerscheines (b) die Maschine nebst Kessel und Zubehör von der Klägerin, und auf seine Klage wurde die jetzige Klägerin rechtskräftig zur Herausgabe der Maschine nebst Kessel und Zubehör gegen Ersatz des Lagergeldes verurteilt. Die Klägerin erstattete, da sie nicht mehr in der Lage war, dem Urteile durch Herausgabe der Maschine zu genügen, dem J. den von diesem an S., der flüchtig geworden ist, gezahlten Kaufpreis, und sie hat nunmehr von der Beklagten Erstattung dieser Summe nebst Zinsen seit Zustellung der jetzigen Klage verlangt. Nach diesem Antrage ist erkannt und die von der Beklagten eingelegte Revision zurückgewiesen. Mit Recht hat das Berufungsgericht den Klaganspruch für den Fall als begründet erachtet, daß J. entsprechend den Voraussetzungen des Art. 306 H.G.B. das Eigentum an der Maschine, obwohl sein Verkäufer S. nicht deren Eigentümer war, erworben, die Beklagte daher, als sie deren Herausgabe von der Klägerin forderte und erlangte, das Eigentum daran verloren hatte. Es ist nicht ersichtlich, mit welchem Rechte die Beklagte diesen Schaden, der die Folge der Anvertrauung ihres Eigentums an eine untreue Person ist, auf die unschuldige Klägerin abwälzen will. Daß sie die Maschine von der Klägerin faktisch ausgeantwortet erhalten hat, vermag ein solches Recht nicht zu begründen. Indem die Klägerin die Maschine ihr ausantwortete, hat sie sie versehentlich an einen Nichteigentümer herausgegeben und sich dadurch außer stand gesetzt, dem Anspruche des J. gegen sie aus dem Verwahrungsvertrage zu genügen, so daß sie diesem den Wert der Maschine ersetzen mußte. Kaufpreis und Wert stehen hier gleich. Die Beklagte ist in Höhe dieses Betrages zum Schaden der Klägerin bereichert. Freilich beruht die erfolgte Herausgabe der Maschine an die Beklagte statt an J. auf einem Willensakte der Klägerin. Aber diese Ausantwortung kondiziert sie eben, weil die Beklagte auf diese kein Recht hatte und die Klägerin dadurch Schaden erlitten hat. Für die Anwendbarkeit des Art. 306 H.G.B. bedarf aber nur das Erfordernis der geschehenen Übergabe der Maschine an J. einer Prüfung, da unstreitig S. Kaufmann war und in seinem Handelsbetriebe veräußert hat und die Redlichkeit des J. von den Instanzgerichten unanfechtbar angenommen ist. Das Erfordernis der Übergabe, wie es in Art. 306 schlechthin aufgestellt ist, ist nun nicht

in dem Sinne einer „körperlichen" Übergabe einschränkend aufzufassen, daß danach entscheiden sollte, was die einzelnen Partikularrechte, im vorliegenden Falle § 201 des sächsischen B.G.B. (im Gegensatze zu § 199 das.) unter der körperlichen Übergabe zusammenfassen oder ihr entgegenstellen. Die Scheidung zwischen den für die Übergabe im Sinne des Art. 306 H.G.B. zureichenden und unzureichenden Akten muß für den ganzen Geltungsbereich des H.G.B. unter gleichen rechtlichen Auffassungen erfolgen. Von diesen aus ist angenommen worden, daß die bloße Willensbindung, durch die sich der Veräußerer gegen den Erwerber zu dessen Besitzvertreter bestellt, nicht genügt. Diesem Akte, der in Wahrheit nicht mehr als ein Versprechen des Veräußerers darstellt, fehlt es an der zur Überwindung fremden Eigentums erforderlichen Realität. Dies ist der Sinn des Satzes, daß die Übergabe durch constitutum nicht genügt, wie er auch in dem Urteile im Falle Nr. 1808 ausgesprochen ist, indem dabei unter constitutum der Fall verstanden wird, daß der veräußernde Besitzer selbst zum Stellvertreter wird. Daß es auch keine Übergabe im Sinne des Art. 306 H.G.B. sei, wenn sich die Sache im Gewahrsam eines Dritten befindet und dieser nunmehr die Detention, statt sie für den Veräußerer fortzusetzen, für den Erwerber übernimmt, ist dort nicht ausgesprochen. Vergl. §§ 804, 805, 877—879 des Entwurfes des B.G.B. für das Deutsche Reich und Motive dazu Bd. 3, S. 345. Es braucht hierüber aber eine Entscheidung nicht getroffen zu werden, weil, wie das Berufungsgericht weiter mit Recht geltend macht, die Übergabe des Lagerscheines für sich allein die nach § 306 H.G.B. erforderliche Übergabe der Maschine darstellt. Es handelte sich aber dabei nicht um das bloße urkundliche Anerkenntnis einer erfolgten Anweisung seitens des Verwahrers, vielmehr war die Ausstellung des Scheines seitens der Klägerin als einer gewerbsmäßig die Lagerung von Waren übernehmenden Handlung auf den Namen des J. über einen am Platze befindlichen Gegenstand die gewollte Schaffung eines Lagerpapieres, durch dessen Übergabe die Besitzübertragung an der lagernden Ware vermittelt werden sollte, und zwar so, daß nur gegen dies Papier die Ausantwortung der Ware erfolgen konnte. Daß ein solches Papier, auch wenn es nicht an Ordre lautet, die Übergabe der Ware im Sinne des Art. 306 zu bewirken geeignet ist, kann nach Art. 374 H.G.B. keinen Zweifel leiden, wie es denn im Handelsverkehre gerade deshalb geschaffen und in dieser Funktion anerkannt worden ist, weil es unthunlich ist, jede erworbene Ware in den eigenen Gewahrsam zu nehmen, und es deshalb zweckwidrig wäre, die Möglichkeit unanfechtbaren Erwerbes nicht schon ohne diesen Naturalgewahrsam zu statuieren. Dabei genügt vollkommen die geschehene Ausstellung des zweiten Lagerscheines (b) auf den Namen des J., so daß es darauf gar nicht ankommt, welche Wirkung nach der erfolgten Aushändigung des Lagerscheines (a) an die Klägerin ohne Genehmigung des S. gehabt hat. Die Revisionsbegründung vermißt für die Übergabe hier, daß, wenn auch J. diesen Lagerschein von S. ausgehändigt erhalten hat, doch die Klägerin nicht seitens des J. von der erfolgten Aushändigung desselben an ihn in Kenntnis gesetzt worden sei. Ein solches Erfordernis besteht aber gerade bei der Besitzübertragung durch ein auf den Namen des in Aussicht genommenen Besitzerwerbers ausgestelltes Lagerpapier nicht. Wenn auch durch dessen Aushändigung an S. die Beklagte noch nicht mit diesem Zeitpunkte Besitzvertreterin des J. geworden ist, da es S. ihr gegenüber frei stand, den Schein nicht an J. zu geben, so hat sie doch durch Ausstellung des Scheines auf den Namen des J. und dessen Aushändigung an S. erklärt, die Maschine für J. besitzen zu wollen, sobald dieser den Schein erhalte, ohne daß es dazu noch einer besonderen Kundmachung hiervon an sie bedurfte.

Nr. 1830. I. Sen. 17. Februar 1894. I. 413. 93. Bd. 33, Nr. 24, S. 105.

Vindikation und Verpfändung von Inhaberpapieren. Die Klägerin H. und der Kläger R. waren Eigentümer von je zwei Stücken italienischer Rente, deren Zinscoupons am 1. Juli 1891 erschöpft waren. Zur Beschaffung neuer Zinscoupons werden die

Stücke bei dem von der italienischen Regierung damit beauftragten Bankhause X. in Frankfurt a. M. eingereicht und neue Stücke mit Zinscoupons gegen die alten Stücke umgetauscht. Beide Kläger haben ihre Stücke dem Bankhause Y. in Darmstadt zur Besorgung der neuen Zinscoupons übergeben und dies letztere hat die Stücke zugleich mit anderen Stücken der beklagten Bankfirma in Frankfurt a. M., mit der es seit Jahren in Geschäftsverbindung stand, im eigenen Namen zum Umtausche bezw. zur Couponbesorgung übersandt. Die Beklagte hat den Umtausch durch das Bankhaus X. für sich besorgen lassen und im Januar 1892 die neuen Stücke mit neuen Nummern und neuem Datum erhalten. Spesen hat sie dafür usancemäßig dem Bankhause Y. nicht berechnet. Über das Vermögen des Bankhauses Y. wurde im Dezember 1891 der Konkurs eröffnet und die Beklagte hat die im Januar 1892 erhaltenen Rententitres wegen ihrer Forderungen gegen das Bankhaus Y. aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften im Betrage von etwa 90 000 Mk. zurückbehalten. Die Kläger haben deshalb auf Herausgabe der alten Stücke oder von Stücken gleicher Art nebst den Zinscoupons Klage erhoben. Die Beklagte hat ihr widersprochen, weil das Eigentum an den alten Stücken untergegangen sei, sie selbst das Eigentum der neuen Stücke oder doch daran ein Pfandrecht aus Art. 306, 374 H.G.B. erworben habe. Die Kläger haben dies und den guten Glauben der Beklagten bestritten, der zweite Richter hat auf die Klage der H. die Beklagte verurteilt, die Entscheidung über die Klage des R. aber von einem Eide der Beklagten darüber abhängig gemacht, daß sie die Nichtberechtigung des Bankhauses Y. zur Verpfändung beider Stücke nicht gekannt habe. Auf die Revision der Beklagten ist das Berufungsurteil bezüglich der Klage der H. aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dagegen die Revision des Klägers R. zurückgewiesen. Die erhobene Eigentumsklage anlangend ist zunächst unstreitig, daß die Kläger bei der Hingabe der Papiere an das Bankhaus Y. deren Eigentümer waren. Auch legt das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum die Klausel der zwischen der gedachten Firma und der Beklagten vereinbarten sogen. Kontokorrentbedingungen, wonach die letztere befugt ist, die von ihr aufzubewahrenden Objekte „ihren eigenen Beständen einzureihen", dahin aus, daß sie sich gar nicht auf die Übertragung des Eigentums beziehe, sondern nur bedeute, daß die Beklagte nicht verpflichtet sei, besondere Maßregeln zum Schutze der ihr anvertrauten Papiere zu treffen, und daß sie vielmehr berechtigt sei, diese an demselben Orte mit ihren eigenen Beständen und vermischt mit diesen aufzubewahren, woraus dann mit Recht gefolgert wird, daß das Eigentum der Kläger an den hier fraglichen Papieren nicht schon durch deren Einreihung in die eigenen Bestände der Beklagten untergegangen sei. Daß ferner die Beklagte die ihr von dem Bankhause Y. eingesandten Stücke nicht mehr besitze und, da sie damit dem ihr erteilten Auftrage gemäß verfuhr, auch nicht etwa einem solchen, qui dolo possidere desiit, gleich zu achten sei, ist ebenfalls richtig, und es fragt sich daher weiter, ob die hiernach allein in Betracht kommende eventuelle Vindikation neuer Stücke gleicher Gattung, welche die Beklagte von dem Hause X. statt der ursprünglichen erhalten hat, begründet ist. Diese Frage ist aber von dem Berufungsgericht unter der zutreffenden Ausführung, daß diese neuen Stücke im Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner der durch die Papiere repräsentierten und verkörperten Forderungen nach dem Willen der Beteiligten vollständig in die Rechtsstellung der alten Papiere eingerückt sind und daß auch die gewollte Thätigkeit der Beklagten sich gerade auf diesem Gebiete bewegt hat, mit Recht aus dem Grunde bejaht, weil vernünftigerweise die Absicht der Kontrahenten nicht dahin gegangen sein kann, daß das alte Forderungsrecht untergehe und durch die Ausgabe der neuen Papiere ein neues von gleicher Höhe entstehen solle, sondern vielmehr nur dahin, daß für das fortbestehende Recht eine neue die Verwirklichkeit der Forderung ermöglichende Urkunde ausgestellt werden solle, wofür mit Recht auf das Urteil des Reichsgerichts Nr. 4188 Bezug genommen ist. Der hiergegen erhobene Einwand, daß, wenn auch im Verhältnisse zwischen der Ausstellerin der Papiere (der italienischen Regierung) und den Klägern als

Gläubigern die neuen Stücke an die Stelle der alten getreten seien, daraus doch noch nicht folge, daß die Kläger Eigentümer der neuen Papiere geworden seien, ist unzutreffend. Denn bei Schuldurkunden, die auf den Inhaber lauten, bildet das Papier als soches keinen selbständigen Gegenstand des Eigentums. Es ist nur um der Forderung willen vorhanden, und der Gläubiger, dem die in dem Papiere verkörperte Forderung zusteht, ist daher in der Regel rechtlich auch als der Eigentümer des Papieres anzusehen. Da das Berufungsgericht den Willen der Kontrahenten zutreffend dahin auffaßt, daß die an die alten Papiere geknüpften Rechtsverhältnisse durch die Ausgabe der neuen Papiere unmittelbar von jenen auf diese übertragen werden sollten, so nimmt es auch mit Recht an, daß von einem Tausche, wie die Beklagte will, im Rechtssinne nicht die Rede sein kann und daß die Beklagte die Besitzerin der vindizierten Papiere ist. Der fernere Einwand der Beklagten, daß mit der rei vindicatio lediglich eine bestimmte Spezies verlangt werden könne und daß deshalb der eventuelle Klagantrag unbegründet sei, weil feststehendermaßen die hier fraglichen Papiere mit vielen anderen vermischt von der beklagten Firma bei dem Bankhause X. eingereicht seien und nicht erkennbar sei, welche speziellen Stücke aus der Zahl der vom Bankhause X. der Beklagten übergebenen neuen Stücke an die Stelle der Stücke der Kläger getreten seien, ist vom Berufungsgericht zutreffend durch Bezugnahme auf § 28 Inst. de rer. div. 2, 1 und l. 5 § 1 Dig. de rei vind. 6, 1 widerlegt. Nr. 1169. Ebenso ist die Berufung der Beklagten auf ein ihr gegenüber der nach vorstehendem an sich begründeten Klage nach Art. 313 H.G.B. zustehendes Retentionsrecht aus zutreffenden Gründen vom Berufungsgericht verworfen. Anlangend das von der Beklagten an den Papieren beanspruchte Pfandrecht geht sodann das Berufungsgericht mit Recht davon aus, daß diesem gegenüber das Eigentum der Kläger nach Art. 306, 307 H.G.B. nicht geltend gemacht werden könne und daß die Beklagte ihrerseits die Umstände darzuthun habe, wodurch für sie ein Pfandrecht entstanden sei, wogegen die Kläger die Beweislast für die mala fides der Beklagten treffe. Dagegen verletzt das Berufungsgericht die Art. 360, 374 H.G.B., auf Grund deren die Beklagte zunächst ein ihr gesetzlich zustehendes Pfandrecht in Anspruch genommen hat, durch die Annahme, daß die Voraussetzungen dieser Gesetzesvorschriften hier nicht vorlägen, weil in der Besorgung des Umtausches der hier fraglichen Papiere kein Kommissionsgeschäft sondern ein bloßer Gefälligkeitsakt zu erblicken sei. Es ist dem Landgericht darin beizutreten, daß es zu den von Bankiers gewerbsmäßig betriebenen Kommissionsgeschäften auch gehört, im eigenen Namen für Rechnung der Auftraggeber den Umtausch von Wertpapieren und die Besorgung von Coupons zu ermitteln, daß im vorliegenden Falle die Firma Y. zweifellos voraussetzte, die beklagte Firma werde, wie dies auch thatsächlich geschehen ist, bei den hier fraglichen Besorgungen in ihrem eigenen Namen handeln, daß die von der Beklagten besorgten Geschäfte daher Handels- und zwar Kommissionsgeschäfte waren und daß mithin die hier fraglichen Papiere, da sie auf Grund solcher Geschäfte in den Besitz der Beklagten gelangten, im Sinne des Art. 374 H.G.B. Kommissionsgut sind, woran ihnen nicht nur wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, der Provision u. s. w., sondern auch wegen aller ihrer Forderungen an die Firma Y. aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften ein Pfandrecht zusteht, vorausgesetzt, daß sie sich bei deren Erwerbe in gutem Glauben befunden haben. Die Entgeltlichkeit ist kein unbedingtes Erfordernis der Kommission. Dem Kommissionär steht zwar an sich ein Recht auf Provision zu. Dieser Anspruch kann aber für einen einzelnen Fall wie auch für eine bestimmte Gattung von Fällen ausgeschlossen werden, ohne daß das Geschäft dadurch allein seine Natur verändert. Denn solche Geschäfte können trotzdem sehr wohl als im Betriebe des Handelsgewerbes des Kommissionärs abgeschlossen angesehen werden, und in den meisten Fällen ist die Unentgeltlichkeit der Besorgung solcher Geschäfte auch nur eine scheinbare, indem sie entweder auf Gegenseitigkeit zwischen zwei Bankiers beruht oder in der Erwartung geübt

wird, dadurch in anderer Weise aus der Verbindung mit dem Kommittenten Vorteil zu ziehen. Die von der Beklagten gegenüber der H. eingelegte Revision ist mithin schon hiernach an sich begründet. Mit Recht rügt aber die Revision der Beklagten, daß das Berufungsgericht auch die Entstehung des von ihr auf Grund der zwischen ihr und der Firma Y. vereinbarten sogen. Kontokorrentbedingungen in Verbindung mit der Übergabe der hier fraglichen Papiere in zweiter Linie geltend gemachten vertragsmäßigen Pfandrechts gegenüber der H. aus rechtsirrtümlichen Gründen verneint hat. In diesen Bedingungen heißt es: „Alle für Ihre Rechnung bei mir ruhenden Wertstücke, mögen solche aus Kommissionsgeschäften oder anderen Verhältnissen herrühren, dienen mir für alle Forderungen als Faustpfand." Wenn das Berufungsgericht das Vorliegen der Voraussetzung dieser Geschäftsbedingungen vermißt, weil die Papiere nicht zum „Ruhen" bei der Beklagten bestimmt gewesen seien, so muß hierin eine Verletzung des Art. 278 H.G.B. gefunden werden. Überdies hat das Berufungsgericht bei seiner Regierung des Verpfändungswillens der H. mit Unrecht das von der H. beigebrachte Schreiben der Beklagten außer acht gelassen, worin sie den Empfang der Papiere mit dem Zusatze anzeigt, daß sie diese für die Adressatin asserviere, um seiner Zeit Nötiges zu besorgen. Denn dadurch erklärte die Beklagte, daß sie die Papiere einstweilen bei sich „ruhen" lassen und erst in einem späteren Zeitpunkte (mit anderen solchen Stücken zusammen) zum Umtausche einreichen werde; und es ist unstreitig, daß sich die Firma Y. mit dem Inhalte dieses Schreibens stillschweigend einverstanden erklärt hat. Wenn die Kläger auch in der Revisionsinstanz auszuführen suchen, daß, wenn die Beklagte auch an den ihr von der Firma Y. übersandten Stücken italienischer Rententitres ein Pfandrecht erworben haben sollte, dies doch durch deren Einreichung an die Emittentin und darauf erfolgte Kassation untergegangen sein würde, da die der Beklagten statt dessen von der Emittentin ausgelieferten neuen Stücke keineswegs ohne Weiteres in das an den alten Stücken bestehende Pfandrecht eingerückt seien, so genügt es, zur Widerlegung dieter Ansicht auf das oben in betreff des Eigentumsüberganges Gesagte Bezug zu nehmen. Denn auch den Gegenstand des Pfandrechts bildet nicht das betreffende Stück Papier, sondern die dadurch verkörperte Forderung, und da diese trotz des Wechsels der darüber ausgestellten Urkunde als zwischen Gläubiger und Schuldner fortbestehend anzusehen ist, so erlischt auch das an den alten Stücken bestehende Pfandrecht nicht, sondern dies setzt sich an den an ihrer Stelle in den Besitz des Pfandgläubigers gelangten neuen Stücken unmittelbar fort. Es kommt daher auch, was die Kläger mit Unrecht bestreiten, nur darauf an, ob die Beklagte sich beim Erwerbe des Pfandrechts an den alten Stücken in gutem Glauben befunden hat, und es steht daher der Beklagten auch nicht entgegen, daß sie die neuen Stücke von dem Hause X. erst im Januar 1892 ausgeliefert erhalten hat, also zu einer Zeit, wo die Firma Y. bereits in Konkurs geraten war. Da das Berufungsgericht sodann auch den von den Klägern gegen den Erwerb eines Pfandrechts an den hier fraglichen Papieren erhobenen Einwand, daß diese, weil sie keine Talons besäßen, nach Erschöpfung der Coupons nicht mehr die Eigenschaft eigentlicher Inhaberpapiere gehabt hätten, sondern nur noch einfache Legitimationspapiere gewesen seien, aus zutreffenden Gründen widerlegt hat, so unterliegt die gegenüber der Klägerin H. ergangene Entscheidung der Aufhebung. Zur Endentscheidung ist die Sache jedoch noch nicht reif, weil abgesehen von anderen noch nicht festgestellten erheblichen Thatumständen die außerdem noch in Betracht kommende Frage, ob der Beweis der Unredlichkeit oder eines groben Verschuldens der Beklagten beim Erwerbe des Pfandrechts erbracht sei, von dem Berufungsgericht nur dem Mitkläger R. gegenüber geprüft ist. Was dagegen die Revision des R. anlangt, so sind seine Angriffe gegen das angefochtene Urteil schon in dem vorstehenden zum größeren Teile widerlegt. Das Berufungsgericht hat danach insbesondere ohne Rechtsirrtum angenommen, daß in betreff der dem R. gehörigen Papiere eine durch das Schreiben der Firma Y. vom 1. Oktober 1891 speziell und ausdrücklich erfolgte Verpfändung

vorliegt, und daß das durch dies Schreiben der Beklagten an den ihr eingesandten alten Stücken bestellte Pfandrecht auch die an deren Stelle der Beklagten von dem Bankhause X. ausgelieferten neuen Stücke ergriffen hat. Anlangend sodann die Frage, ob das Eigentum des Klägers R. an den hier fraglichen Papieren oder das der Beklagten von einem Nichteigentümer bestellte Pfandrecht durchdringe, nimmt das Berufungsgericht mit Recht, zu Gunsten des Klägers, an, daß die Redlichkeit der Beklagten nicht nur durch deren Kenntnis von dem Mangel des Verfügungsrechts auf seiten der Firma Y., sondern auch schon dann ausgeschlossen sei, wenn ihre Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhe. Bei Würdigung der vom Kläger vorgebrachten Momente geht es aber mit Recht davon aus, daß es für die Gutgläubigkeit der Beklagten nur auf den Zeitpunkt des Erwerbes des Pfandrechts (den 1. Oktober 1891) ankommt und daß deshalb die angeblichen Vorfälle bei der Besprechung der Parteien im November 1891 nicht zu berücksichtigen sind. Wenn nun das Berufungsgericht bei Prüfung aller hiernach in Betracht kommenden Momente zu dem Ergebnisse gelangt, daß die vom Kläger vorgebrachten Thatsachen in keiner der beiden angegebenen Richtungen den dem Kläger obliegenden Beweis zu erbringen geeignet seien, so ist auch bei dieser im wesentlichen thatsächlichen Feststellung die Verletzung irgend welcher Rechtsnorm nicht erfindlich. Daß endlich das Berufungsgericht auch den von der Beklagten für ihre Redlichkeit unternommenen Gegenbeweis nicht für erbracht angesehen und deshalb auf den vom Kläger den beiden mitbeklagten Inhabern der beklagten Firma zugeschobenen und von diesen angenommenen Eid erkannt hat, kann die Revision schon deshalb nicht begründen, weil dies dem im übrigen beweisfälligen Kläger nur zum Vorteile gereichen könnte. Die Rüge, daß der Eid der Beklagten in einem anderen Sinne, als er normiert worden, zugeschoben sei, erweist sich aber angesichts des Thatbestandes der Vorderurteile auch als unbegründet, und gegenüber der Rüge, daß der Eid unzulässig sei, weil er ein Urteil enthalte, genügt eine Verweisung auf das Urteil des Reichsgerichts im Falle Nr. 3393. Die Revision des Klägers R. ist hiernach unbegründet.

Nr. 1831. VI. Sen. 26. Februar 1894. VI. 303. 93. Bd. 33, Nr. 6, S. 27.

Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen durch Kauf und Besitznahme von seiten eines redlichen Erwerbers. Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes zu einer Quote im Verhältnisse zu dem Anspruche auf Herausgabe der Sache. (Reichs- und gem. R.). Der Kläger vindiziert eine Anzahl von Möbeln, die er dem Gastwirt S. in Hamburg vermietet hat und die sich jetzt im Besitz der Beklagten befinden. In der Berufungsinstanz ist nicht mehr streitig gewesen, daß diese Gegenstände jedenfalls früher, insbesondere zur Zeit der Vermietung und Hingabe an S., im Eigentum des Klägers gestanden haben. Damit ist die Klage an sich begründet. Es handelt sich jetzt nur noch um die Einrede, daß der Kläger das Eigentum nach Maßgabe des Art. 306 H.G.B. (der nach dem durch § 11 der Kaiserlichen Verordnung vom 28. September 1879 für revisibel erklärten § 30 des hamburgischen Einführungsgesetzes vom 22. Dezember 1865 auf den gesamten bürgerlichen Verkehr Anwendung findet), infolge eines von S. vorgenommenen Veräußerungsgeschäfts eingebüßt habe. Auf diese Einrede bezieht sich auch der den Mitgliedern des Vorstandes der Beklagten vom Oberlandesgericht auferlegte Eid, insofern sie die Nichterlangung der Überzeugung beschwören sollen, daß zur Zeit des Abschlusses des fraglichen Veräußerungsvertrages oder auch nur zur Zeit der Besitzergreifung der betreffenden Sachen die damaligen Mitglieder des Vorstandes der Beklagten oder auch nur einer von ihnen Kenntnis davon gehabt hätten, daß die Sachen nicht des S., sondern fremdes Eigentum waren. Diejenigen Rechtsgeschäfte, die dem Oberlandesgericht zur Grundlage für die Annahme gedient haben, daß unter der Voraussetzung, daß der gute Glaube der Vertreter der Beklagten zur erheblichen Zeit durch die Eidesleistung festgestellt werde, die Einrede aus Art. 306 H.G.B. begründet sei, sind schriftlich beurkundet. Das Be-

rufungsgericht hat dahingestellt gelassen, ob durch die sich aus jenen Urkunden ergebenden Vorgänge unter Voraussetzung des guten Glaubens der Vertreter der Beklagten der Kläger bereits das Eigentum an den von S. veräußerten Sachen verloren haben würde, hat aber angenommen, daß dies jedenfalls geschehen sein würde dadurch, daß die Beklagte kurze Zeit nachher auf Grund der von S. erteilten Ermächtigung die Gegenstände körperlich in Besitz genommen hat. Was die erstere Frage anlangt, so würde allerdings der gute Glaube des H., dem gemeinsam mit der Beklagten S. die Sachen zu Eigentum zu übergeben erklärte, nicht besonders festgestellt zu werden brauchen, weil der Kläger gar nicht behauptet hat, daß H. um das Nichteigentum des S. gewußt habe oder hätte wissen müssen. Das Reichsgericht muß aber an seiner im Falle Nr. 1828 dargelegten Ansicht festhalten, wonach durch eine bloße Scheinübergabe trotz der die Sachen bis auf Weiteres im Gewahrsam des Tradenten bleiben sollen, die also höchstens als constitutum possessorium aufrecht erhalten werden kann, den Voraussetzungen des Art. 306 H.G.B. nicht Genüge gethan wird. Was die nachherige Besitzergreifung der Sachen betrifft, so hat das Berufungsgericht seine Entscheidung auf den Satz gegründet, daß diejenige Besitzübergabe, worin der Eigentumsübertragungsvertrag seinen Ausdruck finde, nicht in einem unmittelbaren Verschaffen des Besitzes zu bestehen brauche, sondern ebensowohl in einem Gestatten der Inbesitznahme bestehen könne, wenn diese dann erfolge. Der Kläger hat diese Begründung vielleicht nicht mit Unrecht bemängelt; denn bei jenem gemeinrechtlichen Satze ist allerdings auch ein Wille des Veräußerers vorausgesetzt, wonach der Besitz- und Eigentumsübergang erst mit der Besitzergreifung durch den Erwerber stattfinden soll, während es sich jetzt um einen Fall handelt, wo der Wille dahin ging, daß Besitz und Eigentum schon mit der früheren sogen. „Tradition" übergehen und nur die körperliche Innehabung erst später vom Erwerber ergriffen werden sollte. Indessen war die Entscheidung des Oberlandesgerichts doch jedenfalls aufrecht zu halten. Denn hier steht eben auch nicht die gemeinrechtliche Eigentumsübertragung in Frage, sondern der originäre Eigentumserwerb bezw. der Eigentumsverlust nach Maßgabe des Art. 306 H.G.B. Im Sinne dieser Bestimmung muß es jedenfalls genügen, wenn zu dem ausgesprochenen Willen des Besitzüberganges mit dem Willen des Veräußerers auch noch die körperliche Besitzergreifung durch den Erwerber hinzukommt; denn eine „Übergabe" im weiteren Sinne liegt dann zweifellos vor und diejenigen geschichtlichen und praktischen Gründe, die, wie das Reichsgericht in der oben angeführten früheren Entscheidung dargelegt hat, zu der engeren Auslegung des Art. 306 führen müssen, wonach ein bloßes constitutum possessorium noch nicht als „Übergabe" im Sinne des Art. 306 gelten kann, fallen nunmehr fort. — Nicht zur Sprache gekommen ist in den bisherigen Verhandlungen die Bedeutung des Umstandes, daß nach dem Vertrage vom 17. Oktober 1891 nicht die Beklagte allein das Eigentum erwerben und das Recht, die Sachen beliebig an sich zu nehmen, haben sollte, sondern die Beklagte und H. gemeinschaftlich. Daraus, daß der Kläger hierauf keine Einwendung gegründet hat, darf wohl geschlossen werden, daß unter den Parteien Einverständnis darüber besteht, daß die Beklagte bei der Besitzergreifung zugleich im Auftrage und Namen oder als Cessionarin des H. gehandelt habe. Sollte auch das Eigentum durch die Besitzergreifung nur zur einen Hälfte an die Beklagte, zur anderen aber an H. gekommen sein, so würde die Einrede dennoch durchgreifen, da der Kläger das Eigentum doch ganz verloren haben würde. Übrigens würde selbst das ausreichen, daß nur die Beklagte durch ihre mit Zustimmung des S. vorgenommene Besitzergreifung das Eigentum an den Sachen zu der ihr zugedachten Quote erworben hätte. Denn so weit würde dann jedenfalls der Kläger das Eigentum eingebüßt haben, möchte es auch zu der übrigen Quote ihm verblieben sein. Dann würde aber der Anspruch, daß die Beklagte ihm die Sachen herausgebe, der den alleinigen Gegenstand des Klagantrages und der in erster Instanz erfolgten Verurteilung gebildet hat, nicht aufrecht erhalten werden können. Der nicht besitzende

Miteigentümer hat allerdings gegen den besitzenden eine vindicatio partis auf Einräumung des Mitbesitzes; aber solche Einräumung ist gegenüber der Herausgabe der Sachen nicht etwa bloß ein minus, nicht bloß quantitativ von dieser verschieden, sondern etwas spezifisch Anderes; wie auch in l. 72 pr. Dig. de V. O. 45, 1 die Stipulation „fundum tradi", also auf Übertragung des Besitzes, unter den auf etwas Unteilbares gerichteten aufgeführt wird.

Ersitzung.

Nr. 1832. II. Sen. 16. Dezember 1887. II. 213. 87. Bd. 20, Nr. 76, S. 342.

Begriff der possession paisible. (Rhein. R.). Der Art. 23 code de procédure civile, welcher materielles Recht enthält, deshalb durch die neuen Prozeßgesetze nicht aufgehoben und aus Art. 2229 code civil zu erläutern ist, stellt unter den Erfordernissen des Verjährungsbesitzes auf, daß er ein nicht unterbrochener (non interrompue) und ein ruhiger (paisible) sein müsse. Im Sinne des Gesetzes (Art. 2243) kann der Besitz nur dann als ein unterbrochener angesehen werden, wenn dem Besitzer der Besitz länger als ein Jahr lang entzogen worden ist, was hier nicht zutrifft. Allein es fragt sich, ob neben dem Erfordernisse, daß der Besitz non interrompue sei, derselbe auch, um den Schutz des Gesetzes zu genießen, paisible in dem Sinne sein müsse, daß der Besitzer, wenn er auch nicht des Besitzes beraubt wird, doch auch nicht in ernstlicher Weise in seinem Besitze von dem Gegner beunruhigt (troublé) sein dürfe. Die Entscheidung dieser Frage hängt von der rechtlichen Bedeutung des Ausdruckes possession paisible ab. Während die Einen aufstellen', daß unter „paisible" nichts Anderes zu verstehen ist, als non violente, daß also der Art. 2229 mit diesem Erfordernisse weiter nichts hat vorschreiben wollen, als was auch Art. 2233 besagt, daß der Besitz nicht durch gewaltsame Handlungen erlangt sein darf, behaupten die Anderen daß das fragliche Wort zwar einesteils die Bedeutung habe, daß der Besitz kein gewaltsamer sein dürfe, daß es aber anderenteils ein ferneres Erfordernis des Besitzes dahin aufstelle, daß er ein ruhiger d. h. ein nicht durch öftere Angriffe und wiederholte Störungen eines Anderen troublierter sein dürfe. Die erstere Ansicht muß für die richtige gehalten werden.

Nr. 1833. V. Sen. 30. Juni 1880. V. 1. 79. Bd. 2, Nr. 79, S. 295.

Rechtstitel der Ersitzung. (Preuß. R.). Die Beklagten nehmen auf Grund der Verjährung unter der Angabe, daß sie seit 200 Jahren, insbesondere schon in einer dem Kurfürsten von Sachsen unterm 1. August 1698 überreichten Eingabe und Gegenschrift behauptet, daß ihnen der fünfzigste Centner von allen innerhalb der Kaiserlichen Berggrenze in der Grafschaft Mansfeld belegenen Kupferschieferbergwerken, „so nach und nach in Abbau gelangen werden", zustehe, und daß sie auch stets bei neu aufgeschlossenen Feldern diesen fünfzigsten Centner bezw. den dafür üblichen Geldbetrag beansprucht und von den früheren Gewerkschaften und jetzt von der Klägerin in Anerkennung einer entsprechenden Verpflichtung erhalten haben, das Recht in Anspruch, diesen fünzigsten Centner, bezw. den üblichen Geldbetrag von allen Kupfergruben der Klägerin innerhalb jenes Bezirks zu verlangen, auch von den noch nicht verliehenen und noch nicht in Abbau genommenen Feldern, sobald dieselben später verliehen werden und in Betrieb kommen. Dies Recht erscheint als ein affirmatives im Sinne des § 80, I. 7 A.L.R. und die Beklagten würden den Besitz dieses Rechts und damit das Recht auf Wiederholung der Leistung erworben haben, wenn sie von der Klägerin die Gewährung des Fünfzigsten von allen innerhalb der Kaiserlichen Berggrenze belegenen Kupferschieferbergwerken auch von den noch nicht verliehenen (also noch nicht existierenden) und noch nicht in Angriff genommenen, sobald sie verliehen und in Abbau genommen werden, als fortdauernde Schuldigkeit gefordert hätten, und wenn die Klägerin in Anerkennung einer Verpflichtung die Abgabe gewährt hätte. Die fortdauernde Ausübung dieses Rechtes würde durch Verjährung zum eigentümlichen Erwerb des Rechts geführt haben. Das beanspruchte Recht gehört zu den im § 649, I. 9 A.L.R. behandelten; denn es ist

seine Ausübung davon abhängig, daß die Klägerin bei ihrem Bergbau überhaupt Kupfer gewinnt und, da es sich auf neu verliehene Felder erstrecken soll, ferner davon, daß eine solche neue Verleihung und Inangriffnahme stattgefunden hat. Die Beklagten müssen also beweisen, daß die Klägerin in drei Fällen bei der Inangriffnahme neu verliehener Felder, in der Meinung, sie sei verpflichtet, von allen innerhalb jenes Bezirkes belegenen, auch noch nicht verliehenen und noch nicht in Angriff genommenen Feldern den Fünfzigsten zu leisten, den Beklagten den fünfzigsten Centner Kupfer bezw. den entsprechenden Geldbetrag gewährt hat. Zwischen dem ersten und dem letzten Falle müssen 40 Jahre liegen, selbst dann, wenn das Recht alljährlich ausgeübt worden wäre. Nr. 2151.

Nr. 1834. III. Sen. 10. Juli 1888. III. 107. 88. Bd. 24, Nr. 21, S. 163.

Voraussetzungen des Beweises der unvordenklichen Verjährung. (Gem. R.). Die unvordenkliche Verjährung hat zwar, um als Rechtsgrundlage dienen zu können, eine während unvordenklicher Zeit fortgesetzte Rechtsausübung zur Voraussetzung, und Zustände, in welchen eine Rechtsausübung sich nicht darstellt, werden durch die unvordenkliche Verjährung nicht zu rechtlichen erhoben. Aber daraus folgt doch eben nur, daß die Ausübungshandlungen an sich geeignet sein müssen, eine Rechtsausübung darzustellen, nicht aber, daß, dies vorausgesetzt, zu der über Menschengedenken hinaus fortgesetzten Übung noch besondere Merkmale hinzukommen müssen, welche in der Übung eine Rechtsausübung hervortreten lassen. Im Gegenteil hat man davon auszugehen, daß bei Handlungen, welche an sich zur Darstellung einer Rechtsausübung geeignet sind, in der während unvordenklicher Zeit fortgesetzten Übung die Absicht, ein Recht auszuüben, genügend in die Erscheinung tritt und es also Aufgabe des Gegenbeweises ist, besondere Umstände darzulegen, welche eine andere Annahme rechtfertigen. — Die Verwerfung des Einwandes der Beklagten gegen die Zulässigkeit der Berufung auf unvordenkliche Verjährung, weil die Fischerei in der Elbe Regal sei, ist nicht rechtsverletzend. Das Berufungsgericht hat vielmehr mit Recht angenommen, daß, auch wenn die Behauptung der Beklagten begründet sei, dadurch die Möglichkeit der Existenz des von der Klägerin (Gemeinde) beanspruchten Fischereirechts nicht ausgeschlossen wird und daß auch zum Nachweise dieses Rechts die Berufung auf unvordenkliche Verjährung zulässig ist. Nr. 1835. Die von der Beklagten behaupteten Störungen der Ausübung des Fischereirechts würden überhaupt nur von Bedeutung sein, wenn sie von Erfolg gewesen wären, was nicht der Fall ist. Nr. 1836.

Nr. 1835. III. Sen. 25. Januar 1889. III. 255. 88. Bd. 22, Nr. 43, S. 211.

Gemeinrechtliche Fischereigenossenschaft. Erwerb durch unvordenkliche Verjährung. (Gem. R.). Nach den Feststellungen der Vorinstanzen bestand seit unvordenklicher Zeit noch um das Jahr 1812 in Höchst a. M. eine Fischerzunft, welche die Fischerei auf einer bestimmten Strecke des Mains ausübte und demnächst, nach Verfall der Zunfteinrichtungen, als Vereinigung von Fischern fortdauerte. Letztere ist im Jahre 1878 auf Grund eines von der Regierung genehmigten Statuts als „Höchster Fischereigenossenschaft" neu organisiert worden. Da eine Auflösung der Zunft nicht nachgewiesen ist, wird man unbedenklich davon ausgehen dürfen, daß unter den obwaltenden Umständen, ungeachtet des inzwischen eingetretenen Wechsels in der Organisation und im Mitgliederbestande, die Rechtspersönlichkeit der ursprünglichen „Fischerzunft zu Höchst" in der der späteren „Vereinigung der Höchster Fischer" und in der der klagenden „Höchster Fischereigenossenschaft" enthalten ist. Nr. 1924. Nach allgemeinen Grundsätzen ist bei der Erwerbung einer ausschließlichen Gerechtsame durch unvordenkliche Verjährung ein besonders gearteter Besitz erforderlich, und zwar ein solcher, in welchem sich der Berechtigte seit Menschengedenken durch Widerspruch gegen die Teilnahme des Gegners an der Ausübung des Rechts geschützt hat. Würde diese, unzweifelhaft für

deutschrechtliche ausschließliche Gewerbsprivilegien und selbst für den Erwerb der ausschließlichen Benutzung des Wassers öffentlicher dem Gemeingebrauche unterworfener Gewässer zu landwirtschaftlichen Zwecken geltende Regel (Nr. 2100. Nr. 2125) auch auf Fälle der vorliegenden Art Anwendung finden, so könnte die angefochtene Entscheidung nicht in vollem Umfange aufrecht erhalten werden. Allein eine andere Auffassung ist der Natur der Sache nach geboten, wenn es sich um den Erwerb eines nutzbaren Regals handelt, welches, wie die Fischerei in öffentlichen Gewässern, an sich ein ausschließliches auf die gesamte mögliche Nutzung gerichtetes Recht ist. Wird die Ausübung einer solchen Gerechtsame von dem Regalinhaber an einen Dritten unbeschränkt verliehen, so kann solche ohne Beeinträchtigung des erteilten Privilegs nicht weiter vergeben oder für die Folge mitbenutzt werden. Gleichwie in einem solchen Falle im Zweifel davon ausgegangen werden muß, daß der Inhaber des Regals dessen Ausübung in vollem Umfange auf den Privilegierten übertragen habe, so kann auch, wenn das Privilegium durch den Rechtstitel der unvordenklichen Verjährung ersetzt wird, zu diesem Rechtserwerbe außer dem Nachweise der Unvordenklichkeit unbeschränkter Rechtsausübung nicht noch der Beweis der Zurückweisung Dritter durch Prohibitivakt gefordert worden; es genügt vielmehr, wenn aus den Ausübungshandlungen selbst erkennbar hervortritt, daß solche von jeher mit dem Bewußtsein der Rechtszuständigkeit ohne Einschränkung und ungestört vorgenommen worden ist. Eine derartige Rechtsausübung ist von dem Berufungsgericht thatsächlich unanfechtbar festgestellt. Nr. 1834.

Nr. 1836. III. Sen. 13. November 1888. III. 184. 88. Bd. 22, Nr. 38, S. 188.

Unvordenkliche Verjährung und außerordentliche Ersitzung. (Gem. R.). Die Immemorialverjährung wird durch ein Verbot und durch eine erfolglos gebliebene Besitzstörung nicht unterbrochen. Nr. 1834. Das Landgericht hat außerordentliche Ersitzung des gegen die klagende Pfarre in Anspruch genommenen Wegerechts angenommen, weil es aus der Beweisaufnahme die Überzeugung geschöpft hat, daß die Benutzung des über den Pfarracker führenden Steiges 40 Jahre lang, von 1845—1885, von den K.er Gutsleuten, von den als Zeitpächter der Gutsherrschaft wirtschaftenden Bauern und deren Angehörigen mit Wissen und Willen der Gutsherrschaft ununterbrochen stattgefunden hat. Es rechnet in diese 40 Jahre auch die Zeiten 1860—1862 und 1864—1882 ein, in welchen die Pfarrländereien von dem Pfarrer S. an den Gutsbesitzer K. verpachtet gewesen sind. Da die Zeugen Akte, welche sich als Ausübung des Pachtrechts darstellen, nicht bekundet haben, so nimmt es an, daß die Begehung des Steiges in derselben Weise wie vorher fortgesetzt d. h. der Steig als ein solcher, welcher unabhängig von der Verpachtung als ein dauernder über den Acker gelegt war, benutzt worden ist, während der Pfarrer durch ein einfaches Verbot, den Steig als solchen zu benutzen, eine Hinderung hätte erreichen können. Das Berufungsgericht ist wegen Einrechnung der Pachtzeiten anderer Ansicht. Die Ausführung des Berufungsgerichts ist aber nicht zutreffend. Lag Rechtsbesitz vor, wurde also das Gehen über den Pfarracker als ein Recht in Anspruch genommen und thatsächlich geltend gemacht, so konnte der Besitz nach der Inpachtnahme des dienenden Grundstückes nur durch Aufgabe des Besitzeswillens verloren gehen. In der gewonnenen rechtlichen Möglichkeit, den fraglichen Weg jetzt auch auf Grund eines obligatorischen Verhältnisses zu benutzen und Anderen die Benutzung zu gestatten, kann aber die Aufgabe des Besitzeswillens um so weniger gefunden werden, als das Pachtverhältnis zeitlich begrenzt war und andererseits der Besitzeswille nicht darauf gerichtet ist, ein Recht erwerben zu wollen, sondern ein Recht zu haben und als solches auszuüben. Sonstige thatsächliche Gründe, aus denen auf Aufgabe des Besitzeswillens geschlossen werden könnte, sind vom Kläger nicht vorgebracht worden. Hiernach kann auf Grund des vorliegenden Sachverhältnisses eine Unterbrechung nicht angenommen werden und ebensowenig sind bei der fraglichen 40jährigen Ersitzung und bei der für den Eigentümer vorhanden gewesenen rechtlichen

Möglichkeit zur Anstellung der actio negatoria die Voraussetzungen für ein Ruhen der Ersitzung während der Pachtzeiten gegeben. Nr. 1910.

Nr. 1837. III. Sen. 22. April 1890. III. 301. 89. Bd. 26, Nr. 30, S. 170.

Unvordenkliche Zeit. Anwendbarkeit auf obligatorische Verhältnisse. (Gem. R.). Die Frage, ob die unvordenkliche Zeit nicht lediglich zur Begründung solcher Verpflichtungen, welche einen dinglichen Charakter haben, geeignet sei, ist zu verneinen. Der Grund, welcher vorzugsweise gegen die Möglichkeit eines Besitzes von Obigationen angeführt wird, daß sie eine fortgesetzte Ausübung ihres Inhaltes nicht zulassen, trifft nur da zu, wo die Obligation mit der einmaligen Ausübung des Rechts erlischt. Wenn aber, wie im vorliegenden Falle, bei Obligationsverhältnissen eine dauernde Ausübung des aus demselben entspringenden Rechts möglich ist, ohne daß die Obligation selbst aufgehoben wird, so hindert weder der Begriff des Besitzes noch der der Obligation die Anwendbarkeit der Rechtsgrundsätze der unvordenklichen Zeit auch auf obligatorische Rechtsverhältnisse.

---

§ 74.

4. Ansprüche aus dem Eigentum.

B.G.B. §§ 985—1007.

I. 794 Abs. 2, 804 Satz 2, 825, 867, 929—945. II. 899—919. III. 969—991. M. III. 73, 95, 133, 296—299, 396—433. D. 136—139. E.G. Art. 124—126. Windscheid I. §§ 124 Nr. 1 und 2, 186 Noten 14 und 15, 193—199. Stobbe II. § 96. Dernburg I. §§ 246—250. Endemann II. §§ 169, 171—174, 188.

Nr. 1838. III. Sen. 4. Januar 1884. III. 229. 83. Bd. 10, Nr. 142, S. 434.

Expressa causa bei dinglichen Klagen. In der früheren deutschen Gerichtspraxis ist vorherrschend für die Eigentumsklage das Erfordernis aufgestellt worden, daß expressa causa geklagt werde. Auch nach der C.P.O., welche nunmehr die allein maßgebende Norm für die Entscheidung der Frage bildet, ist dieselbe in gleichem Sinne zu beantworten. Klaggrund ist in der C.P.O. nicht definiert. Nach den Motiven zu § 230 Nr. 2 C.P.O. ist aber anzunehmen, daß auch bei dinglichen Klagen der Entstehungsgrund des streitigen Rechts einen Teil des Klaggrundes bildet. Die bloße Bezeichnung des dinglichen Rechts, welches geltend gemacht wird, kann diesem wesentlichen Erforderniſſe des Klaggrundes nicht genügen. Ohne Nennung des Erwerbsgrundes mangelt der Regel nach die thatsächliche Substanziierung, die das Gesetz für die gerichtliche Verfolgung ebensowohl von persönlichen wie von dinglichen Rechten aufstellt. Nr. 1839. Nr. 3189. Nr. 2873.

Nr. 1839. III. Sen. 22. Februar 1884. III. 306. 83. Bd. 11, Nr. 50, S. 239.

Expressa causa bei dinglichen Klagen. Daß bei Erhebung einer dinglichen Klage der Kläger den speziellen Klaggrund seines Rechtes anzugeben hat, folgt aus der Vorschrift des § 230 Nr. 2 C.P.O. Die bloße Angabe des Rechtes, welches verfolgt werden soll, reicht nicht aus, sondern es sind diejenigen Thatsachen anzuführen, aus denen das angesprochene Recht hervorgehen soll. Selbstverständlich genügt es aber, wenn bei Eigentumsklagen, wie dies im vorliegenden Falle (Nr. 3179) geschehen ist, die mehreren Erwerbsarten des Eigentums, auf welche die Vindikation sich etwa stützt, in dem thatsächlichen Klagvorbringen erkennbar gemacht sind, und es ist dann Aufgabe des Gerichts, die behaupteten Thatsachen unter das Gesetz zu stellen und zu entscheiden, ob aus solchen, wenn erwiesen, der erhobene Eigentumsanspruch zu folgern sei. Nr. 1838. Nr. 2873.

Nr. 1840. II. Hilfs-Sen. 1. März 1880. V^a. 157. 79. Bd. 1, Nr. 134, S. 375.

Vindikation. (Preuß. R.). Es ist nicht richtig, daß der § 7 des Gesetzes über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872 jedem zu statten kommt, der gemäß § 49 G.B.O. als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen ist. Rückwirkende Kraft ist dem gedachten Paragraphen nicht beigelegt. Unter dem eingetragenen Eigentümer im Sinne des § 7 a. a. O. kann deshalb nicht derjenige verstanden werden, welcher seinen Besitztitel unter der Herrschaft des früheren Rechts erlangt hat und demnächst auf Grund jenes Besitztitels, wenn auch nach dem 1. Oktober 1872, in das Grundbuch eingetragen ist. Die Eintragung erfolgt in diesem Falle nach § 49 G.B.O. ganz nach dem bisherigen Rechte und hat deshalb auch nur diejenigen Wirkungen, welche sie bisher hatte. Sie befreit den Vindikationskläger gegenüber dem besitzenden Beklagten von dem anderweiten Nachweise seines Eigentums nicht. Nr. 1784.

Nr. 1841. II. Hilfs-Sen. 20. Juni 1881. V^a. 713. 80. Bd. 5, Nr. 77, S. 282.

Legitimation des eingetragenen Eigentümers zur Vindikationsklage. (Preuß. R.). Die Besitztitelberichtigung nach früherem Recht hatte die Bedeutung einer Beurkundung derjenigen Thatsachen, durch welche der Eigentumsübergang bewirkt ist, wie sie solche auch jetzt nur hat, wenn sich der Eigentumsübergang anders als durch Auflassung vollzogen hat, wogegen sie im Falle der Auflassung die Bedeutung nicht nur der Beurkundung, sondern auch des das Eigentum konstituierenden Aktes hat. Es genügte also schon nach früherem Recht, insbesondere auf Grund des § 92, II. Hypothekenordnung und § 7, I. 10 A.L.R. zum Nachweise der Legitimation zur Klage und zur Substanziierung der Vindikationsklage auf die Besitztitelberichtigung sich zu berufen, und war es Sache des Beklagten, die unrichtige Beurkundung oder die spätere Aufhebung des Eigentums des Klägers einzuwenden und seine Einwendungen zu beweisen. Der § 7 Abs. 1 des Gesetzes über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872 enthält in dieser Beziehung von dem früheren Recht nichts Abweichendes. Die in Abs. 1 enthaltene Versagung der Einrede der verkauften und übergebenen Sache betrifft ihrem Inhalte nach nur den Fall der freiwilligen Veräußerung. Der Käufer kann seinen Anspruch aus dem Kaufgeschäft u. s. w. gegen den eingetragenen Eigentümer nur im Wege der Widerklage geltend machen, weil das Eigentum des Eingetragenen durch einen bloßen Veräußerungsvertrag nebst Übergabe nicht beseitigt wird. Gegen denjenigen Eigentümer aber, der die Eintragung außer dem Falle der Auflassung erhalten hat, kann sich der Beklagte jedes Einwandes bedienen.

Nr. 1842. I. Sen. 2. Februar 1881. I. 26. 80. Bd. 4, Nr. 43, S. 145.

Vindikation. Retention. (Reichs- und gem. R.). Ein Retentionsrecht gegenüber der rei vindicatio giebt es gemeinrechtlich nur wegen Verwendungen, die der Besitzer auf die Sache gemacht, oder wegen Verbindlichkeiten, die er ihretwegen gegenüber Dritten auf sich genommen hat, nicht aber wegen irgend einer beliebigen Forderung gegen den Vindikanten, möchte diese auch aus einem früheren Verkaufe der vindizierten Sache herrühren. Außerdem giebt es freilich zwischen Kaufleuten noch das Zurückbehaltungsrecht des Art. 313 H.G.B. Dies ist jedoch an gewisse dort näher bestimmte Voraussetzungen geknüpft, die hier nicht vorliegen. — Zur Begründung der auf den Besitz eines indossierten Ordrekonnossements gestützten Vindikation bedarf es regelmäßig nicht der Behauptung und des Nachweises der Übergabe des Konnossements, da, wenn ein durch Ordrepapier als Gläubiger Legitimierter dasselbe besitzt, vermutet wird, daß er durch Übergabe in den Besitz desselben gelangt sei. Von diesem Satze ist nicht nur für die obligatorischen, sondern auch für die dinglichen Wirkungen des Konnossements Gebrauch zu machen. Die Angabe und der Nachweis einer justa causa traditionis ist bei der Eigentumsklage überhaupt nur in dem Sinne erforderlich, daß eine Übergabe dargelegt wird, die mit dem Willen einer Eigentumsübertragung, einer Übertragung zu

vollem eigenen Rechte des Empfängers vorgenommen ist. Auch dieser Wille wird bei einem Ordrepapier dann präsumiert, wenn es mit einem einfachen Indossamente (im Gegensatze zum Prokuraindossamente) hingegeben worden ist.

Nr. 1843. II. Sen. 8. Januar 1897. II. 263. 96. Bd. 38, Nr. 99, S. 379.

Klage auf Einstellung des Bordellbetriebes in einem Nachbarhause. (Rhein. R.). Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat jedoch durch ein zu Gunsten mehrerer Eigentümer nächstgelegener Häuser erlassenes Teilurteil den Beklagten verurteilt, das Halten eines Bordelles in dem ihm gehörigen Hause bei Vermeidung von Geld- bezw. Haftstrafen für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen. Nach den Gründen ist die Klage sowohl als negatorische auf Beseitigung störender Einwirkungen auf das Eigentum der Kläger gerichtete Klage, als auch in ihrer Eigenschaft als Klage aus L.R. S. 1382 ff. für zulässig erklärt und wurden die bestrittenen thatsächlichen Voraussetzungen beider Klaggründe, ohne auf spezielle Beweisanträge der Parteien einzugehen, festgestellt. Die vom Beklagten eingelegte Revision ist zurückgewiesen. Mit Recht hat das Berufungsgericht den Betrieb eines Bordells für eine unrechte That im Sinne des L.R. S. 1382 erklärt. Nach L.R. S. 1382a ist eine unrechte That jedes an sich verbotene Unternehmen und der Betrieb eines Bordells ist nach § 180 St.G.B. auch dann strafbar, wenn er, wie dies hier der Fall ist, polizeilich geduldet wird und die Nachbareigentümer sowohl die Verwaltungsbehörden als die Staatsanwaltschaft zum Einschreiten zu veranlassen ohne Erfolg versucht haben. Der erhebliche Nachteil, der den Nachbareigentümern durch den Betrieb des von dem Beklagten eingerichteten Bordells in einer Stadtgegend, in welcher sich früher ein solches nicht befand, zugefügt wird, ist in dem Urteile unanfechtbar festgestellt. Es mag zweifelhaft erscheinen, ob die als notwendige Folgen des Bordellbetriebes angenommenen Belästigungen und Gefährdungen geeignet seien, die Klage als Eigentumsklage (actio negatoria) zu stützen, da sich diese Störungen teilweise auf den Verkehr in der öffentlichen Straße beziehen, die Nachbareigentümer am wenigsten dann treffen, wenn sie sich innerhalb ihrer Grundstücke befinden, und hauptsächlich durch ihre Verbindung mit dem unsittlichen Gewerbe stärker empfunden werden, daher wohl geeignet sind, das Wohnen in der Nachbarschaft zu verleiden, aber weniger direkt auf den Gebrauch des Eigentums erschwerend einwirken. Diese Frage kann deshalb dahingestellt bleiben, weil, wenn man von der weiteren Begründung der Klage als Deliktsklage ausgeht, das Urteil sich jedenfalls aufrecht erhalten läßt. Daß dem Beklagten die festgestellte Beschädigung der Kläger durch die Verminderung des Wertes ihrer Grundstücke als Folge seines unerlaubten Handelns zur Schuld zugerechnet werden kann, da er, wie festgestellt ist, nach seiner eigenen Erklärung diesen dem Nachbareigentum schädlichen Betrieb fortzusetzen gewillt ist, erscheint nicht zweifelhaft. Es liegt aber auch kein zwingender Grund vor, die Kläger auf eine zu fordernde Geldentschädigung zu verweisen; vielmehr erscheint im gegebenen Falle die ergangene Verurteilung des Beklagten zur Unterlassung des ferneren Bordellbetriebes in dem gedachten Hause als rechtlich zulässig. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts giebt es im vorliegenden Falle keine Vorkehrungen, wodurch der Bordellbetrieb für die Nachbarschaft unschädlich gemacht werden könnte, und ist daher, solange der Betrieb nicht eingestellt ist, eine Fortdauer der schädlichen Einwirkung zu erwarten. Bei dieser Sachlage konnte, ohne die L.R. S. 1382 ff. zu verletzen, die auf Unterlassung des Bordellbetriebes gerichtete Klage zugesprochen werden. Der Beklagte ist verpflichtet, die strafbare Handlung des Bordellbetriebes zu unterlassen, nicht bloß aus Gründen der öffentlichen Ordnung, sondern auch gegenüber den Klägern, deren Vermögen er schuldhafterweise durch die Fortsetzung des Betriebes beschädigt. Auf die Erfüllung dieser Verpflichtung muß um so mehr dann eine Klage gegeben sein, wenn es sich um eine auf Dauer berechnete Anstalt handelt, durch deren Unterhaltung, solange sie besteht, der Schade fortdauernd erzeugt wird. Nr. 1374. Den

Verwaltungsbehörden kommt in Deutschland und, wie das Berufungsgericht feststellt, speziell in Baden die Befugnis nicht zu, Bordelle zu konzessionieren. Die bloße Duldung beruht zwar auf der das öffentliche Wohl berücksichtigenden Erwägung, daß die Möglichkeit einer besseren polizeilichen und ärztlichen Überwachung der gewerbsmäßigen Unzucht durch das Bestehen von Bordellen gegeben ist; allein sie hindert nicht die Geltendmachung der durch den Betrieb eines bestimmten Bordells verletzten Privatrechte und bedingt keine Zuständigkeitsüberschreitung der Gerichte, wenn durch diese der Weiterbetrieb eines einzelnen in einem besseren Stadtviertel eröffneten Bordells, welches das Nachbareigentum schädigt, untersagt wird. Auch die gegen die Aufnahme einer Strafandrohung im Urteil erhobene Rüge ist nach § 775 Abs. 2 C.P.O. nicht gerechtfertigt.

Nr. 1844. II. Sen. 13. Dezember 1883. II. 296. 83. Bd. 11, Nr. 79, S. 341.

Nachbarrecht. Immission. (Rhein. R.). Unter dem Namen von Legalservituten hat das französische B.G.B. dem Eigentum verschiedene Beschränkungen auferlegt, und zwar auch solche der Eigentümer gegeneinander (L.R. S. 651), ohne aber zur Aufstellung eines allgemeinen Prinzips zu gelangen, obwohl L.R. S. 674 für gewisse an sich erlaubte Anlagen eine Vorschrift enthält, die dem Eigentümer verbietet, durch diese Anlagen seinem Nachbar Schaden zuzufügen. Daraus folgt, daß dem französischen Civilrechte die Lehre des Nachbarrechts nicht widerstrebt. Dies würde für Baden, wo nach § 3 des II. Einführungsedikts zum L.R. (vergl. L.R. S. 4ᵇ) das römische Recht subsidiäre Geltung hat, genügen, um auf das gemeine Recht zurückzugehen, in welchem das Nachbarrecht anerkannt ist. Allein dies Prinzip muß auch für das französische Civilrecht anerkannt werden. Es findet seine Anwendung auf den vorliegenden Fall, weil es sich um eine schädliche Immission von Wasser aus dem einen in das andere Grundstück handelt, für welche auch die Analogie des L.R. S. 674 direkt verwertet werden kann. Nr. 1851. Nr. 2108. Eine solche Immission sich gefallen zu lassen, ist der Nachbar nicht verpflichtet, und er kann mit der negatorischen Klage vom Anderen fordern, daß dieser die Immission von Wasser unterlasse und beseitige, schon aus dem Grunde, weil die Immission objektiv widerrechtlich ist. Dagegen ist für die vom Kläger erhobene Klage auf Ersatz des Schadens als einer Folge der Immission das Moment der subjektiven Verschuldung des Beklagten unentbehrlich, weil die civilrechtliche und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für culpa auf der Voraussetzung beruht, daß der Erfolg bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Mannes vorhergesehen werden konnte, und ohne die Möglichkeit der Voraussicht nur Zufall oder höhere Gewalt vorliegt, für welche ohne besonderen Rechtseinwand Niemand haftet. Nr. 1851. Nr. 1373. Dies auf den vorliegenden Fall angewendet, mußte der Beklagte, um entschädigungspflichtig zu sein, bei Anwendung gehöriger Sorgfalt als möglich vorhersehen können, daß durch seinen Neubau die Nachbarwand des Klägers feucht werden würde. Nr. 1850.

Nr. 1845. V. Sen. 20. September 1882. V. 454. 82. Bd. 7, Nr. 74, S. 265.

Entschädigung des Adjacenten einer Eisenbahn bei Immission von Funken. (Preuß. R.). In der Erteilung der Konzession zum Betriebe der Bahn liegt die Anordnung der Staatsgewalt, daß sich die benachbarten Grundbesitzer diejenigen nachteiligen Einwirkungen auf ihre Grundstücke gefallen lassen müssen, ohne welche der Betrieb nicht ausführbar ist. Solche Konzessionierung hat den Charakter eines im öffentlichen Interesse seitens der Staatsgewalt bewirkten Eingriffes in das Privateigentum, indem den benachbarten Grundbesitzern die ihnen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zustehende negatorische Klage auf Unterlassung von Immissionen oder beschädigenden Erschütterungen versagt, ihrem Eigentume also eine wesentliche Beschränkung auferlegt wird. Solche Beschränkung, die die Abwehr drohender Beschädigungen unmöglich macht, bewirkt selbstverständlich eine Wertsminderung der betreffenden Grundstücke, auch wenn

ein wirklicher Schade noch nicht verursacht ist, und für diese müssen nach §§ 1, 2 des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 die Eigentümer entschädigt werden, ohne daß es darauf ankommt, ob diese Wertsminderung eine unmittelbare oder eine mittelbare Folge des Betriebes ist und ob den Unternehmern ein Versehen zur Last fällt oder nicht. Diese Entschädigungsberechtigung hat nicht durch § 14 des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838, an dessen Stelle § 14 des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 getreten ist, beschränkt werden sollen. Hieraus folgt, daß bei Berechnung der zu vergütenden Wertsminderung auch die dem Grundstücke im Interesse des Eisenbahnunternehmens auferlegten Baubeschränkung in Betracht zu ziehen ist, sofern sie lediglich eine Folge davon ist, daß die durch den Eisenbahnbetrieb bedingte Immission von Feuerfunken nicht auszuschließen ist. Die durch die Beschränkung der Baufreiheit (des Bauens innerhalb einer bestimmten Entfernung von den Schienensträngen, dem sogen. Feuerrayon) bewirkte Beseitigung oder Minderung der Möglichkeit eines durch die Immission entstehenden Schadens gereicht zugleich auch dem Eisenbahnunternehmer zum Vorteile, es wird also die Baufreiheit der Nachbargrundstücke lediglich im Interesse der Eisenbahnunternehmung beschränkt, woraus folgt, daß der Unternehmer die Grundbesitzer für die durch diese Beschränkung bedingte Wertsverminderung ihrer Grundstücke entschädigen muß. Nr. 1857. Nr. 1855.

Nr. 1846. VI. Sen. 27. November 1893. VI. 183. 93. Bd. 32, Nr. 70, S. 283.

Anspruch der Anlieger auf Ersatz des durch die Eisenbahnanlage entstehenden Schadens. § 14 des Gesetzes vom 3. November 1838. (Preuß. R.). Der Gutshof des Klägers ist durch das Hochwasser eines Baches überschwemmt worden und es ist dem Kläger dadurch ein Verlust an den in den Gutsgebäuden lagernden Vorräten von künstlichem Dünger entstanden. Der Kläger nimmt den beklagten Eisenbahnfiskus auf Schadensersatz in Anspruch, weil der Beklagte durch den auf der anderen Seite des Baches errichteten Eisenbahndamm das Flußprofil verengert habe, ohne für genügenden Abfluß des Wassers zu sorgen, und dadurch einen Aufstau des Wassers nach der Seite des Klägers hin veranlaßt habe, ohne welchen der Schade nicht eingetreten wäre. Der Beklagte ist auch in erster Instanz verurteilt worden, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der ihm durch das Hochwasser und die dadurch bewirkte Vernichtung künstlicher Düngemittel erwachsen ist. Die vom Beklagten eingelegte Berufung ist zurückgewiesen. Auf seine Revision ist die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen. Die Begründung des Berufungsgerichts läßt nicht erkennen, auf welche Bestimmungen des Gesetzes die Annahme einer Pflicht des Beklagten, zu solchen Vorkehrungen, die den Schutz des Klägers gegen Überschwemmungen bezweckten, gestützt wird. Der fragliche Eisenbahndamm ist von dem Beklagten auf seinem Grundstücke errichtet worden, um eine Überflutung der Bahnanlage zu verhüten. Ein unerlaubter Gebrauch des Eigentumes (§§ 27, 28, I. 8 A.L.R.) ist darin nicht zu finden; wer sich aber seines Rechts innerhalb der gehörigen Schranken bedingt, braucht den einem Anderen daraus entstandenen Schaden nicht zu ersetzen (§ 36, I. 6 A.L.R.). Nach § 26, I. 8 A.L.R. dürfen zwar durch den Gebrauch des Eigentums wohlerworbene Rechte eines Anderen nicht gekränkt werden; allein zu diesen wohlerworbenen Rechten gehört es nicht, daß der Eigentümer bei den zum Schutze seines Eigentums auf diesen errichteten Anlagen darauf Bedacht nehme, daß dadurch dem Nachbar kein Schade geschehe. Denn nur soweit ist er im Gebrauche seines Eigentums durch das Eigentum des Nachbars beschränkt, daß er nicht in dessen Rechtskreis hinübergreifen darf (vergl. Plenarbeschluß des preußischen Obertribunals vom 7. Juni 1852), und ein solcher Eingriff hat nicht stattgefunden. Es sind insbesondere weder fremde Stoffe dem Grundstücke des Klägers, direkt oder indirekt durch das Medium des Wassers oder der Luft, zugeführt worden, noch bezweckte die Anlage eine Hinüberleitung des Wassers auf das Grundstück des Klägers oder eine Anstauung; vielmehr war der Rückstau auf das Grundstück des

Klägers nur die unwillkürliche Folge der Abhaltung des Wassers von dem Grundstücke des Beklagten. Wenn es sich hier um wild ablaufendes Wasser handelte, so würde die Befugnis des Beklagten, sich dagegen zu decken, unmittelbar aus § 102, I. 8 A.L.R. hervorgehen. Als wild ablaufendes Wasser kann nun zwar das Hochwasser eines Flusses, solange es mit dem Flusse eine Wassermasse bildet, nicht angesehen werden. Dies macht jedoch keinen Unterschied, da der § 102 a. a. O. nur eine schon aus dem Begriff des Eigentums folgende Befugnis mit speziellem Bezuge auf wild ablaufendes Wasser zum Ausdruck bringt, um damit die gewollte Änderung des gemeinen Rechts in diesem Punkte ersichtlich zu machen. Nr. 2126. Aus allgemeinen Bestimmungen, insbesondere aus den Grundsätzen des Nachbarrechts, läßt sich also eine Entschädigungspflicht des Beklagten nicht herleiten. Es fragt sich, ob den Eisenbahnen nach dem Gesetze eine erweiterte Entschädigungspflicht obliegt. In Betracht kommt der § 14 des preußischen Gesetzes vom 3. November 1838, der neben dem § 14 des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 in seinem Bereiche noch fortbesteht. Das Gesetz bezweckt, die den Anliegern aus der ungewöhnlichen Benutzung eines Grundstücks zu Eisenbahnzwecken entstehenden Gefahren auf den Unternehmer zu übertragen. Die darin ausgesprochene Verpflichtung des Unternehmers geht über die aus dem Nachbarrechte an sich folgenden Verpflichtungen hinaus, indem die Anlieger gegen alle Benachteiligungen in der bisherigen Benutzung ihrer Grundstücke geschützt werden sollen. Die in den Worten „welche die Regierung nötig findet" hinzugefügte Beschränkung vermindert nicht den Umfang der Verpflichtung, sondern verweist nur die Kognition darüber, was zum Schutze der Anlieger erforderlich ist, in erster Reihe an die Regierung, so daß der Unternehmer sich gegen Schadensansprüche regelmäßig darauf berufen kann, daß weitere Schutzmaßregeln, als von ihm vorgenommen sind, von der Regierung nicht angeordnet worden seien. Danach ist es zwar nicht als richtig anzuerkennen, daß der Entschädigungsanspruch schon durch das Fehlen der erforderlichen Schutzmaßregeln begründet werde, gleichviel ob dergleichen Einrichtungen von der Regierung angeordnet sind oder nicht; vielmehr ist es als Regel zu betrachten, daß eine Haftung des Unternehmers für den Schaden dann nicht stattfindet, wenn er den Anordnungen der Regierung genügt hat. Allein eine Ausnahme muß sowohl in dem Falle gemacht werden, wenn der Unternehmer die von der Regiernng nur allgemein angeordneten Anlagen in einer dem Zwecke der Sicherung der Anlieger nicht entsprechenden Weise ausführt und so durch sein Verschulden den Schaden herbeiführt, als auch dann, wenn er gewußt hat oder bei gehöriger Aufmerksamkeit wissen mußte, welche Anlagen oder Einrichtungen zum Schutze der Anlieger gegen Nachteile in der Benutzung ihrer Grundstücke erforderlich, zugleich auch vom technischen Standpunkte aus ausführbar und mit den Zwecken des Unternehmers verträglich waren, und gleichwohl diese Einrichtungen, weil solche von der Regierung nicht angeordnet waren, unterlassen hat. Es entspricht der oben angegebenen Tendenz des Gesetzes, diese Fälle dem Falle einer Unterlassung der von der Regierung angeforderten notwendigen Maßregeln gleichzustellen. Das Befinden der Regierung soll die Vorkehrung der notwendigen Schutzmaßregeln sichern, nicht aber dem Unternehmer eine Deckung gewähren, wenn er die angeordneten Maßregeln zweckwidrig ausführt oder die Notwendigkeit nicht angeordneter Maßregeln kannte oder kennen mußte. Von diesem Standpunkte aus hat das Berufungsgericht die Sachlage nicht geprüft. Es hat das von ihm festgestellte Verschulden des Beklagten, das es in seinen weiteren Ausführungen als ein grobes bezeichnet, für ausreichend zur Begründung der Entschädigungspflicht erachtet. Die Frage des Verschuldens fällt aber nach dem Gesagten mit der Frage, ob die Unterlassung der erforderlichen Maßregeln widerrechtlich gewesen sei, nicht zusammen. Daß der Schade sich voraussehen ließ, macht die Unterlassung der erforderlichen Einrichtungen noch nicht zu einer widerrechtlichen. Es bedarf nach einer speziellen Feststellung, welche Einrichtungen zum Schutze des Klägers notwendig waren, wobei es nicht genügen kann, gewisse Einrichtungen beispielsweise

aufzustellen, die möglicherweise den Schaden hätten verhüten können, und ob die Vertreter des Beklagten die Notwendigkeit dieser Einrichtungen, ihre technische Ausführbarkeit und Vereinbarkeit mit den Zwecken des Unternehmens erkannt haben oder doch bei gehöriger Prüfung erkennen mußten. Zu einer Prüfung in dieser Richtung war aber durch die Behauptungen des Klägers Anlaß gegeben. Nr. 1856.

Nr. 1847. VI. Sen. 4. Mai 1891. VI. 44. 91. Bd. 28, Nr. 47, S. 207.

Anwendbarkeit des § 25 des preußischen Gesetzes vom 3. November 1838 auf eine mit Dampfkraft betriebene Straßeneisenbahn. (Preuß. R.). Die Annahme, daß eine Straßeneisenbahngesellschaft, obgleich sie die aus dem Gesetze vom 3. November 1838 sich ergebenden durch die landesherrliche Genehmigung bedingten] Rechte und Befugnisse der dort erwähnten Eisenbahngesellschaften nicht hat, dennoch den im § 25 enthaltenen von dem allgemeinen Rechte wesentlich abweichenden und daher strikt zu interpretierenden Vorschriften über die Haftung für die durch den Eisenbahnbetrieb entstehenden Beschädigungen von Personen und Sachen unterworfen sei, würde nur dann gerechtfertigt sein, wenn aus dem Gesetze mit Bestimmtheit zu entnehmen wäre, daß diese Bestimmung eine allgemeine auf alle dem öffentlichen Verkehre dienenden Eisenbahnunternehmungen anwendbare Bedeutung hätten. Dies ist aber nicht der Fall. Es ist daher rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, daß es für die Frage, ob auf das hier in Rede stehende Eisenbahnunternehmen die Vorschriften des Gesetzes vom 3. November 1838 anwendbar seien, nicht darauf ankomme, ob die landesherrliche Genehmigung des Unternehmens und die Bestätigung des Statutes hätte eingeholt werden sollen und erteilt sei.

Nr. 1848. VI. Sen. 31. Januar 1889. VI. 301. 88. Bd. 23, Nr. 48, S. 221.

Anwendbarkeit des § 25 des Gesetzes vom 3. November 1838 auf die Staatseisenbahnen. (Preuß. R.). Die Vorschrift des § 25 des Gesetzes vom 3. November 1838 betreffend die Schadensersatzpflicht der „Eisenbahngesellschaften“ für Beschädigung von Sachen bei der Beförderung auf der Bahn ist nicht auf Privateisenbahnen zu beschränken, ist vielmehr auch auf die vom Staate verwalteten Eisenbahnen anzuwenden. Der Umstand, daß zur Zeit der Emanation des Gesetzes nur solche Eisenbahnen bestanden, welche von Aktiengesellschaften unternommen waren, erklärt es, daß in dem § 25 als ersatzpflichtig „die Gesellschaft“ bezeichnet ist, aber er läßt angesichts der Überschrift und der Einleitungsworte des Gesetzes nicht die Folgerung zu, daß die auf das Verhältnis der Eisenbahnunternehmer zum Publikum bezüglichen Vorschriften, insbesondere der § 25 nur für Aktiengesellschaften und nicht auch für Andere, welche etwa künftig Eisenbahnen unternehmen würden, offene Handelsgesellschaften, Kommunen, Korporationen, Einzelpersonen maßgebend sein sollten. Vergl. auch das Gesetz vom 3. Mai 1869 betreffend einen Zusatz zu § 25 des Gesetzes vom 3. November 1838.

Nr. 1849. III. Sen. 20. Mai 1884. III. 53. 84. Bd. 11, Nr. 36, S. 183.

Zuckerfabriken als gewerbliche Anlagen nach § 26 der R.G.O. Verhältnis der R.G.O. zu den früheren L.G.O. Unter den gewerblichen Anlagen, zu deren Errichtung nach § 16 R.G.O. die Genehmigung der zuständigen Behörde erforderlich ist, sind die Zuckerfabriken nicht befaßt. Außerdem muß freilich der § 26 a. a. O. auch noch bezogen werden auf eine nach der Vorschrift des § 24 a. a. O. genehmigte Anlage eines Dampfkessels, obwohl in Fällen dieses Paragraphen das in den §§ 17 ff. a. a. O. gedachte Vorverfahren nicht stattfindet. Allein hieraus folgt nur, daß auch eine wegen der nachteiligen Einwirkungen einer genehmigten Dampfkesselanlage erhobene Klage nicht auf Einstellung des Gewerbebetriebes gerichtet werden kann, und eine solche Klage ist nicht erhoben, die vorliegende Klage vielmehr dahin gerichtet, dem Beklagten die Ableitung der mit faulenden Substanzen durchsetzten Abwässer seiner Zuckerfabrik in

den öffentlichen Fluß und in den Mühlgraben des Klägers zu verbieten. Der vom Beklagten aus § 26 R.G.O. hergeleitete und darauf gestützte Einwand, daß die Befolgung des im angefochtenen Urteile ausgesprochenen Immissionsverbotes mit der Fortführung seiner Fabrik unvereinbar sei, ist für unbegründet erachtet, und die Frage, ob der § 26 a. a. O. nicht wenigstens rückwirkend auch auf die vor dem Erlaß der R.G.O. gemäß den damaligen Vorschriften der Landesgesetze genehmigten gewerblichen Anlagen zu beziehen sei, verneint, weil die hinsichtlich anderer Bestimmungen der R.G.O. (§§ 50, 52) ausdrücklich angeordnete Rückwirkung hier nicht ausgesprochen ist. Dagegen hat das hier in Betracht kommende braunschweigische Gewerbegesetz vom 3. August 1864 in § 35 vorgeschrieben, daß, wenn eine der nach § 27 das. der obrigkeitlichen Genehmigung bedürfenden Anlagen, zu denen auch Zuckerfabriken gehörten, nach Beobachtung des vorgeschriebenen Verfahrens von der zuständigen Behörde genehmigt und unter Beachtung der dabei gestellten Bedingungen ausgeführt worden, der Unternehmer später aus Anlaß eines nur auf allgemeine Rechtsgrundsätze gestützten Widerspruches von den Gerichten wegen Belästigung oder beeinträchtigter Nutzbarkeit fremden Eigentums nur alternativ zur Änderung bezw. Beseitigung der Anlage oder zur Zahlung einer bestimmten Entschädigung verurteilt werden kann, und es ist in § 42 das. ausgesprochen, daß diese Vorschrift des § 35 auch für alle im § 27 befaßte, bei Erlaß des Gesetzes bereits vorhandene Anlagen, insofern darüber nicht damals bereits ein Rechtsstreit anhängig war, gelten sollte. Das Berufungsgericht hat die Anwendbarkeit dieses Gesetzes auf die vor 1846 errichtete Zuckerfabrik des Beklagten verneint, weil das Gesetz durch die R.G.O. aufgehoben sei. Wenn auch die Bestimmungen der §§ 27ff. des Landesgesetzes über das Erfordernis der landespolizeilichen Genehmigung und über das behufs Erwirkung derselben zu beobachtende Verfahren durch die in den §§ 16—25 R.G.O. enthaltene reichsgesetzliche Ordnung dieser Materie beseitigt sind, so folgt hieraus in betreff des § 35 des Landesgesetzes nicht mehr als daß die Vorschrift desselben über die rechtliche Wirkung einer unter Beobachtung dieses landesgesetzlichen Verfahrens erteilte Genehmigung hinsichtlich einer nach dem Inkrafttreten der R.G.O. errichteten Anlage gegenstandslos und somit unanwendbar geworden ist. Dagegen tritt der § 26 der R.G.O. der fortdauernden Anwendbarkeit der Vorschrift des landesgesetzlichen § 35 auf die noch unter der Herrschaft der Landesgesetzgebung errichteten gewerblichen Anlagen nicht entgegen, und zwar einesteils, weil der § 26 der R.G.O. sich nur auf die nach Maßgabe der Vorschriften dieses Reichsgesetzes genehmigten Anlagen bezieht und anderenteils, weil derselbe keineswegs eine Erweiterung des einem benachteiligten Nachbarn zustehenden Klagrechts bezweckt, vielmehr durch seine Eingangsworte: „Soweit die bestehenden Rechte . . . eine Privatklage gewähren" die noch über seine Bestimmung hinausgehenden landesgesetzlichen Einschränkungen dieses Klagrechts ausdrücklich unberührt läßt.

Nr. 1850. II. Sen. 13. Dezember 1883. II. 298. 83. Bd. 11, Nr. 80, S. 345.

Ersatz des durch eine gewerbliche Anlage dem Nachbargrundstücke künftig entstehenden Schadens. (Rhein. R.). Nach gemeinem wie nach französischem Recht ist die aus dem Eigentume an einem Grundstücke fließende Verfügungsgewalt über die Sache (Art. 544 code civil) immerhin beschränkt durch das gleiche Recht der Nachbarn. Diese brauchen nachteilige Einwirkungen auf ihre Grundstücke einschließlich des Luftraumes über denselben (Art. 552 code civil) nicht zu dulden (Art. 674 code civil), wenn diese Einwirkungen das aus dem gewöhnlichen Zusammenleben der Menschen sich ergebende Maß überschreiten (vergl. l. 8 §§ 5, 6 Dig. si serv. vind. 8, 5). Wenn im vorliegenden Falle festgestellt ist, daß ein solcher unstatthafter Eingriff in das Nachbarrecht durch Infizierung des Grundstücks des Klägers aus dem Fabrikschornsteine des Beklagten stattfindet, so ergiebt sich für den Beeinträchtigten nur die Befugnis, zur Abwehr desselben mittels einer actio negatoria auf Beseitigung der Einrichtung und

Untersagung fernerer Einwirkung (immissio). Schadensersatz kann zunächst nur für die Vergangenheit gefordert werden, soweit eine für diesen Anspruch erforderliche subjektive Verschuldung des Gegners vorliegt. Nr. 1851. Nr. 1844. Für die Zukunft dagegen besteht ein solcher Anspruch nicht ohne weiteres. Einseitig kann der Beeinträchtigte eine solche Abfindung nur erst verlangen, wenn der von ihm in erster Reihe zu erhebende Beseitigungsanspruch aus thatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht durchführbar ist (Art. 1142 code civil, § 26 R.G.O. Anders Nr. 1863.

Nr. 1851. I. Sen. 29. März 1882. I. 705. 81. Bd. 6, Nr. 61, S. 217.

Actio negatoria wegen Lärmes im Nachbarhause. Grenze des Schadensersatzes. (Gem. R.). Das Grundeigentum wird nicht bloß durch körperliche Einwirkungen auf das Grundstück, Immissionen, verletzt. Das Recht an der Sache wird verletzt sowohl, wenn die Integrität der Sache beschädigt wird, als auch dann, wenn die Benutzbarkeit der Sache für Menschen aus einem Grunde verhindert oder erschwert wird, der sich gegen die Menschen selbst richtet, deren Bedürfnis durch die an dieser Stelle befindliche Sache befriedigt werden soll, insbesondere also wenn die Bewohnbarkeit eines Hauses dadurch beeinträchtigt wird, daß auf dem Nachbargrundstücke ein fortwährendes außergewöhnliches Geräusch, namentlich zur Nachtzeit, verursacht wird. Die zum Schutze gegen unerlaubte Eingriffe in das Eigentum bestimmte Klage ist deshalb wegen Erregung unerlaubten Lärmes, welcher die bezeichnete Wirkung hat, statthaft, wenn schon in den römischen Rechtsquellen die Zulässigkeit der Klage für diesen Fall nicht besonders bezeugt ist. Für erlaubt kann die Erregung des außergewöhnlichen Lärmes nicht schon deswegen gelten, weil derselbe durch einen erlaubten Gewerbebetrieb auf dem eigenen Grundstück erzeugt wird. Dies mag eine Modifikation erleiden, wenn ein für das allgemeine Bedürfnis notwendiges Gewerbe überhaupt nicht anders betrieben werden kann als unter Erregung eines Menschen belästigenden Geräusches, gleichviel an welcher Stelle und in welcher Weise das Gewerbe betrieben werden mag. — Auch die Verurteilung zum Schadensersatze entspricht den Gesetzen, soweit sie sich auf die Zeit seit der Klagerhebung bezieht, die nach § 239 C.P.O. in dieser Beziehung an die Stelle der Litiskontestation getreten ist. Vergl. l. 19 § 1 Dig. de us. et fr. 22, 1; l. 4 § 2 Dig. si serv. vind. 8, 5. Der siegreiche Negatorienkläger soll durch das Urteil dasjenige erhalten, was er gehabt haben würde, wenn das Urteil im Augenblicke der Litiskontestation hätte erfolgen können. Dagegen darf mit der negatoria schlechthin nicht auch für die Zeit vor der Erhebung der Klage das Interesse des Klägers, das er daran hatte, daß sein Eigentum nicht verletzt wurde, gefordert werden, denn es würde dies allgemeinen Rechtsprinzipien widersprechen. Es müssen besondere Thatsachen, Verschuldung, Vertrag, vorliegen, wenn aus der Zeit vor der Litiskontestation für Schaden gehaftet werden soll, l. 29 Dig. de serv. pr. urb. 8, 2; l. 17 § 5 Dig. si serv. vind. 8, 5; c. 5 Cod. de serv. 3, 34. Nr. 1844. Nr. 1854. Nr. 1627. Nr. 1403. Nr. 1431. Nr. 1433. Nr. 1736. Nr. 1853.

Nr. 1852. III. Sen. 23. September 1884. III. 119. 84. Bd. 12, Nr. 42, S. 173.

Negatorische Klage gegen Eindringen von Bienen. (Gem. R.). Der Bienenhalter, welcher seine Bienen frei fliegen läßt, macht sich hierdurch für den Gebrauch, den die Bienen ihrem Instinkte gemäß von der ihnen gegebenen Freiheit machen, als eine von ihm vorauszusehende und deshalb ihm anzurechnende Folge seiner Handlungsweise verantwortlich, ganz ebenso wie demjenigen, welcher auf seinem Grundstücke Rauch aufsteigen läßt, dessen durch den Luftzug bewirktes Eindringen in ein fremdes Grundstück als eine von ihm selbst vorgenommene Immission anzurechnen ist. Würde demnach bei Anwendung der vollen Konsequenzen des Eigentumsbegriffes schon darin, daß eine einzige Biene des Beklagten in das Grundstück des Klägers eingedrungen ist, ein die Anstellung der negatorischen Klage begründender Eingriff des Beklagten in das

Eigentum des Klägers gefunden werden müssen, so wird dies nur durch die wegen der Gleichheit des maßgebenden Gesichtspunktes gerechtfertigte Heranziehung der in den Quellen für die Immission von Rauch erörterten den nachbarlichen Verhältnissen billige Rechnung tragenden Rechtsgrundsätze dahin beschränkt, daß zur Begründung der angestellten Klage ein in ungewöhnlicher Menge stattgefundenes Eindringen der Bienen des Beklagten, wie solches in der Vorinstanz für bewiesen erachtet worden, zu erfordern ist. Die von dem Beklagten bestrittene Anwendbarkeit dieser Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Fall ist somit auch dem Beklagten keineswegs nachteilig, sondern nur günstig. Nr. 1905. Nr. 1853.

Nr. 1853. VI. Sen. 16. April 1896. VI. 418. 95. Bd. 37, Nr. 45, S. 172.

Eigentumsfreiheitsklage wegen Immission unerträglichen Gestankes. Abgrenzung der Zulässigkeit eines Teilurteils. (Reichs- und gem. R.). Der Beklagte, dem die Abfuhr der Fäkalien der Stadt Bremen übertragen war und der die abgefahrenen Stoffe auf gewissen der Klägerin gehörigen benachbarten Grundstücken lagerte und verarbeitete, ist, nachdem die deswegen erhobene Klage vom Landgericht abgewiesen war, auf Berufung der Klägerin durch ein Teilurteil des Berufungsgerichts für verpflichtet erklärt, von der Abfuhr aus der Stadt Bremen keine einen übelen Geruch verbreitenden Fäkalien im Freien auf den betreffenden Grundstücken zu lagern, sondern sie entweder in undurchlässigen und dicht verschlossenen Gruben zu lagern oder nach Wiedereröffnung der Poudrettefabrik (die vor kurzem durch eine Feuersbrunst zerstört war) dafür Sorge zu tragen, jedoch unter Vorbehalt behördlicher Genehmigung, daß sämtliche Fäkalien direkt in die im Schuppen befindliche Sammelgrube gebracht und von da durch Röhren in die Fabrik zur Verarbeitung geleitet werden. Auf die Revision des Beklagten ist dies Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Was den Klaganspruch an sich anlangt, so entsprechen die rechtsgrundsätzlichen Ausführungen des Berufungsgerichts über das Nachbarrecht den gemeinrechtlichen Bestimmungen und der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Nr. 1851. Nr. 1852. Nr. 1854. Wenn insbesondere nach dem in Nr. 1854 Ausgeführten der Eigentümer des Nachbargrundstücks sich kein übermäßiges Getöse gefallen zu lassen braucht und mit der negatorischen Klage auf dessen Abstellung klagen kann, so muß folgerichtig dasselbe um so mehr gelten von einem unerträglichen Gestanke, wie er hier in Frage steht, da hierbei in einem Sinne sogar schon von einer körperlichen Immission auf das Nachbargrundstück gesprochen werden kann. Aber die Anwendung, die das Oberlandesgericht hier im Einzelnen von jenen Rechtsgrundsätzen gemacht hat, entspricht nicht der prozessualen Sachlage und gerät in mancher Beziehung auch mit revisibelen materiellen Rechtsnormen in Widerspruch. Die Anträge der Klägerin gingen in beiden vorigen Instanzen dahin, daß der Beklagte verurteilt werde, Vorkehrungen zu treffen, daß keinerlei Gestank von den auf den (näher bezeichneten) Immobilien lagernden Fäkalien auf das der Klägerin gehörige Immobile X. und kein das erträgliche Maß übersteigender Gestank auf die der Klägerin gehörigen Immobilien Y. und Z. gelangen könne, eventuell, falls solche Vorkehrungen nicht zu treffen seien, daß der Beklagte verurteilt werde, keinerlei Fäkalien auf den zuerst erwähnten Immobilien zu lagern bei gerichtsseitig zu bestimmender Strafe im einzelnen Übertretungsfalle. Daß es diesen Anträgen im allgemeinen nicht an irgend welcher Berechtigung fehlte, ist nach den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils zweifellos, da dort ohne ersichtlichen prozessualen Verstoß thatsächlich festgestellt ist, daß durch die Lagerung der aus der Stadt Bremen herrührenden Fäkalien auf den näher bezeichneten Grundstücken wie sie der Gewerbebetrieb der Beklagten mit sich bringt, ein das erträgliche Maß übersteigender Gestank auch auf den in Frage kommenden Grundstücken der Klägerin bewirkt wird. Ob darum die Klaganträge, wie sie gestellt sind, in allen Einzelheiten gerechtfertigt waren, braucht hier noch nicht erörtert zu werden, weil sich das Berufungsgericht in

dem jetzt angefochtenen Teilurteile an die Formulierung jener Anträge doch nicht gehalten hat. Es kommt zunächst nur darauf an, ob sich der Beklagte mit Grund über die Verpflichtungen beschwert hat, die ihm durch den Ausspruch des Berufungsgerichts auferlegt sind; und dies war zu bejahen. Der Gebrauch, den das Oberlandesgericht hier von dem Institute des Teilurteils gemacht hat, konnte überhaupt nicht gebilligt werden. Dem prinzipalen Klagantrage gegenüber, der gerichtet war auf die Verurteilung dazu, zur Erreichung gewisser Erfolge „Vorkehrungen zu treffen", erscheint die Verurteilung zur Vornahme bestimmter Einrichtungen, wie sie vom Berufungsrichter ausgesprochen ist, überhaupt nicht als ein Teil, nämlich nicht als ein Minus, sondern als etwas Anderes, eher gerade als ein Mehr, insofern sie den Beklagten in der Wahl seiner Mittel einengt. Dem eventuellen Klagantrage gegenüber, der auf gänzliche Untersagung der Lagerung von Fäkalien gerichtet war, könnte allerdings jene Verurteilung als ein Minus erscheinen; aber die Eventualität, für welche dieser Antrag gestellt war, nämlich daß Vorkehrungen, den Gestank auszuschließen, bei solcher Lagerung nicht getroffen werden könnten, lag noch gar nicht vor. In materieller Beziehung sodann ist die Verurteilung des Beklagten zu einem bestimmten Verhalten in Ansehung derjenigen Grundstücke, die er selbst inne hat, überhaupt unstatthaft. Die Klägerin hat als Eigentümerin ihres Grundstücks nur ein Recht darauf, daß der Beklagte die unerträgliche Einwirkung auf dieses unterlasse; weiter reicht die negatorische Klage überhaupt nicht. Daher ist auch das eventuelle Klaggesuch, den Beklagten zur völligen Unterlassung der Lagerung von Fäkalien zu verurteilen, wie hier noch beiläufig bemerkt werden mag, formell nicht zu rechtfertigen; wie der Beklagte es anfangen möchte, die Bewirkung von unerträglichem Gestanke auf dem Grundstücke der Klägerin zu vermeiden, mußte unter allen Umständen zunächst ihm überlassen bleiben. Der § 26 der R.G.O. hat für den Fall, daß die benachteiligenden Einwirkungen auf das Nachbargrundstück von einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage (vergl. §§ 16, 24 R.G.O.) ausgehen, welcher Fall hier insofern gegeben ist, als die wieder zu eröffnende Poudrettefabrik des Beklagten in Frage steht, den Wirkungskreis der negatorischen Klage noch mehr eingeschränkt, aber damit nicht etwa seinerseits bewirkt, daß in solchen Fällen jetzt der benachteiligte Nachbar jemals die Herstellung bestimmter jene Einwirkungen ausschließender Einrichtungen zu verlangen berechtigt wäre. Wenn dort vorgeschrieben ist, daß in solchen Fällen nicht auf Einstellung des Gewerbebetriebes geklagt werden könne, so ist damit einerseits gesagt, daß ein direkt auf solche Einstellung gerichteter Klagantrag in den Fällen des § 26 R.G.O. auch dort ausgeschlossen sein solle, wo er bis dahin zulässig war, was freilich nach gemeinem Rechte überhaupt nicht der Fall war, sondern nur nach einzelnen Partikularrechten, von denen die hauptsächlichsten, das Revidierte Lübische Recht 3, 12, 11. 12 und das Rostocker Stadtrecht 3, 12, 14. 16, inzwischen durch das Reichsgesetz vom 4. November 1874 überhaupt aufgehoben worden sind, unter besonderen Voraussetzungen. Andererseits und außerdem bedeutet jene Bestimmung in Verbindung mit der weiteren Vorschrift, wonach nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligenden Wirkungen ausschließen oder, wo solche Einrichtungen unthunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sein sollten, auf Schadloshaltung geklagt werden kann, nur noch das, daß der negatorisch Belangte seinerseits die Einrede vorschützen kann, es seien keine Einrichtungen thunlich und mit einem gehörigen Betriebe seines Gewerbes vereinbar, welche die im Klagantrage bezeichnete Einwirkung auf das Grundstück des Klägers verhindern würden, und es sei daher die negatorische Klage hier überhaupt ausgeschlossen und bleibe nur eine Klage auf Schadloshaltung übrig. Vergl. Nr. 1862; nicht entgegen Nr. 2134. Aus dem Ausgeführten ergiebt sich, daß der Revisionskläger freilich mit entschiedenem Unrecht gemeint hat, nach § 26 R.G.O. hätte die Klägerin im Klagantrage die von ihr verlangten Einrichtungen bestimmt bezeichnen müssen, daß er dagegen mit Recht eventuell geltend gemacht hat, dem

allgemein gefaßten Antrage der Klägerin hätte das Berufungsgericht eventuell auch nur mittels einer ebenso allgemein gefaßten Verurteilung entsprechen dürfen.

Nr. 1854. III. Sen. 7. Dezember 1886. III. 187. 86. Bd. 17, Nr. 24, S. 103.

Anspruch des Anliegers einer Eisenbahn bei einem durch Lokomotivfunken verursachten Brande. (Gem. R.). Nach den Gründen, welche den Staat zur Genehmigung einer Eisenbahn oder zum eigenen Betriebe einer Eisenbahn veranlassen, kann der Betrieb als ein willkürlicher Akt, der schon an sich eine kulpose Handlungsweise darstellt, insofern der Unternehmer erkennen kann, daß die der Lokomotive entströmenden Funken einen Brand herbeizuführen vermögen, überall nicht aufgefaßt werden. Von Annahme einer Verschuldung im technischen Sinne muß daher abgesehen werden, wenn durch die dem Betriebe eigenen besonderen Gefahren ein Schade entsteht, den der Unternehmer als eine mögliche Folge des Betriebes und jener Gefahren vorhersehen konnte. Gleichwohl ist der beklagte Eisenbahnfiskus mit Recht für den von ihm verursachten Schaden verantwortlich gemacht worden. Denn wenn auch die actio negatoria, soweit sie auf Ersatz des vor der Klagerhebung entstandenen Schadens gerichtet ist, nicht schon allein durch den objektiven Eingriff in ein fremdes Recht begründet wird, vielmehr noch ein weiterer Rechtsgrund hinzutreten muß, welcher die Haftung des Handelnden für den von ihm verursachten Schaden rechtfertigt, so ist doch culpa des Handelnden eben nur einer dieser Rechtsgründe, und es kann der Übergang der Gefahr auf den Handelnden auch noch aus anderen Gründen gerechtfertigt erscheinen. Nr. 1851. Als ein solcher anderer Grund muß aber eine im Gewerbebetriebe erfolgte Betriebshandlung gelten, welche ihrer Natur nach das Eigentum Dritter gefährdet, während der Eigentümer auf Einstellung des mit obrigkeitlicher Genehmigung unternommenen Betriebes nicht klagen kann. Der jedem Eigentümer nach gemeinem Rechte gebührende Rechtsschutz fordert notwendig die Anerkennung der Verantwortlichkeit des Unternehmers eines solchen Betriebes für seine Betriebshandlungen als Korrelat seiner Befugnis zu den gefährdenden Handlungen; die Ablehnung der Verantwortung würde zu einer Beschränkung des Eigentums führen, welche dem gemeinen Recht fremd ist. Andererseits reicht nun zwar die Verantwortlichkeit des Betriebsunternehmers nicht so weit, daß er auch haftbar gemacht werden könnte für einen Schaden, dessen Verursachung durch den gefahrvollen Betrieb sich nicht hat voraussehen lassen. Aber davon kann hier, wo es sich um eine Feuersgefahr handelt, welche veranlaßt ist durch eine in der Nähe von Gebäuden angelegte Eisenbahn, nicht die Rede sein. Nr. 1431. Nr. 1855. Nr. 1853.

Nr. 1855. VI. Sen. 12. Februar 1894. VI. 281. 93. Bd. 32, Nr. 84, S. 337.

Anspruch auf Schadensersatz gegen den Eisenbahnunternehmer wegen Beschädigung einer beweglichen Sache durch Lokomotivfunken. (Preuß. R.). Der Kläger verlangt Ersatz des ihm durch den Brand seines auf seinem Kahne befindlich gewesenen Heues entstandenen Schadens vom Beklagten, der in unmittelbarer Nähe der Unfallstelle am Ufer eine Lokomotive zur Beförderung von Erdmassen im Betriebe hatte, mit der Behauptung, daß der Brand seines Heues sowie des Kahnes durch die aus der Lokomotive des Beklagten herausgeflogenen Funken verursacht worden sei. Die Richtigkeit dieser Behauptung läßt das Berufungsgericht dahingestellt. Es erachtet in Übereinstimmung mit dem ersten Richter die Abweisung der Klage schon deshalb für geboten, weil dem Beklagten weder eine Vernachlässigung von Polizeivorschriften noch ein sonstiges Verschulden bei der Benutzung der Lokomotive zur Last zu legen sei. Zur Entscheidung der höchsten Gerichte im Gebiete des preußischen Rechts sind allerdings bisher, soweit bekannt, nur solche Entschädigungsansprüche wegen rechtswidriger Immission gelangt, die von einem durch die Immission beschädigten Grundstückseigentümer erhoben waren; allein daß der Schutz gegen Immissionen nur dem Grundstückseigentümer und nur gegenüber einem benachbarten Grundstückseigentümer zu ge-

währen sei, ist weder vom vormaligen preußischen Obertribunal noch vom Reichsgericht jemals ausgesprochen worden. Gerechtfertigt würde ein solcher Ausspruch dann erscheinen, wenn sich der Schutz gegen Immissionen auf besondere gesetzliche Vorschriften über das Nachbarrecht oder über die Verhältnisse der Grundstückseigentümer zu einander zurückführen ließe. Dies ist aber beim Mangel hier einschlagender Spezialbestimmungen nicht der Fall. In der für die preußische Rechtsprechung über Immissionen grundlegenden Plenarentscheidung des Obertribunals vom 7. Juni 1852 (Entsch. des Obertribunals Bd. 23, S. 252 ff.) wird denn auch auf das Nachbarrecht kein Gewicht gelegt, vielmehr die Verpflichtung des Inhabers einer Fabrik zum Ersatze des Schadens, den der sich über andere Grundstücke verbreitende Dampf oder Rauch verursacht, aus dem § 93 Einl. A.L.R. in Verbindung mit den §§ 1, 25—28, I. 8 A.L.R. hergeleitet und auf Grund dieser Gesetzesvorschriften besonders betont, „daß die Ausschließlichkeit und Willkürlichkeit des Gebrauchsrechts des einen Eigentümers ihre notwendige Begrenzung finden in der dem anderen Eigentümer ebenfalls zustehenden Ausschließlichkeit und Willkürlichkeit", und weiterhin, „daß die Benutzung des Einen nicht in den Rechtskreis der Benutzung des Anderen hinübergreifen darf". Vergl. auch Entsch. des Obertribunals Bd. 40, S. 41. Mit einer im wesentlichen gleichlautenden Motivierung hat das Reichsgericht in seinem Urteile vom 7. Februar 1883 (Just.-Min.-Bl. 1884 S. 21) den preußischen Eisenbahnfiskus für verpflichtet erklärt, Entschädigung wegen der Risse zu leisten, die ein Wohnhaus infolge von Erschütterungen durch vorüberfahrende Bahnzüge erhalten hatte. Das Urteil bezeichnet als Grund und Bedingung des erhobenen Anspruchs einen rechtswidrigen Eingriff in das Eigentumsrecht des Klägers, indem es unter Hinweis auf die §§ 93, 97 Einl., § 36, I. 6; §§ 25, 26, I. 8 A.L.R. ausführt, daß sich eines rechtswidrigen Eigentumseingriffes schuldig mache und deshalb ohne die Voraussetzung eines Verschuldens zum Schadensersatz verpflichtet sei, wer durch Überschreitung der sich aus der Kollision verschiedener Eigentümer ergebenden „gehörigen Schranken" seines Eigentums Andere an der gehörigen Ausübung ihres Eigentums hindere und infolge davon ihr wohlerworbenes Recht kränke. Auf demselben Grundsatze beruhen zahlreiche andere Entscheidungen des Reichsgerichts, insbesondere auch diejenigen, die sich auf Ersatz eines durch Funkenauswurf entstandenen Schadens beziehen. Nr. 1845 und für das gemeine Recht Nr. 1854. Unter der Voraussetzung der Richtigkeit der Angaben des Klägers über die Entstehungsursache des Brandes muß hiernach bei jetziger Sachlage die Annahme gerechtfertigt erscheinen, daß sich der Beklagte eines rechtswidrigen Eingriffs in das Eigentumsrecht des Klägers schuldig gemacht hat. Mit Unrecht erachtet der Berufungsrichter die Entschädigungspflicht des Beklagten deshalb für ausgeschlossen, weil nach dem Klagvortrage nicht ein Grundstück, sondern eine auf einem Kahne befindliche bewegliche Sache beschädigt sein soll. Wenn das Reichsgericht die wegen rechtswidriger Immissionen erhobenen Entschädigungsansprüche vielfach unter den Gesichtspunkt der Negatorienklage gebracht hat, so läßt sich daraus nicht folgern, daß da, wo wie hier die Voraussetzungen für die Anstellung einer Negatorienklage nicht gegeben sind, jeder Entschädigungsanspruch aus dem § 93 Einl. und § 26, I. 8 A.L.R. fortfalle. Denn diese Gesetzesvorschriften machen die Verpflichtung zum Schadensersatze nicht davon abhängig, daß ein Grundstück oder doch ein Grundstückseigentümer beschädigt sei, und ebensowenig davon, daß der Schade durch Eingriffe verursacht sei, die fortdauern oder eine Wiederkehr erwarten lassen. Auch aus inneren Gründen läßt sich nicht erkennen, welchen Unterschied es hier machen könnte, ob Grundstücksteile oder auf dem Grundstücke befindliche bewegliche Sachen, mögen sie dem Grundstückseigentümer oder einem Dritten gehören, durch den rechtswidrigen Eingriff beschädigt sind, ob andererseits ein einmaliger oder ein dauernder Eingriff vorliegt. Ebenso bedeutungslos ist für die Beurteilung der Entschädigungspflicht der Umstand, daß der Beklagte seine Lokomotive nicht auf einen ihm gehörigen, sondern auf dem Grundstücke eines Dritten in Betrieb gesetzt hat. Kann selbst die Negatorienklage gegen jeden Störer, auch wenn er nicht

zugleich Eigentümer eines benachbarten Grundstücks ist, gerichtet werden, so muß dies um so mehr von einem auf die §§ 93 Einl. und 26 I. 8 A.L.R. gestützten Ansprüche gelten. Die §§ 88, 94 Einl., §§ 36—38, I. 6; §§ 27, 28, I. 8 A.L.R., auf die sich der Vorderrichter beruft, stehen seiner Auffassung nicht zur Seite, weil eben der Beklagte, wenn der Klagvortrag richtig ist, sein Recht nicht nach den Gesetzen und nicht innerhalb der gehörigen Schranken ausgeübt hat. Hätten die angezogenen Bestimmungen die ihnen in dem Berufungsurteil beigelegte Bedeutung, so wäre auch in den Fällen der Beschädigung von benachbarten Grundstücken ein Anspruch auf Schadloshaltung wegen schädlicher Immissionen gegenüber einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage ohne den Nachweis eines besonderen Verschuldens kaum zu rechtfertigen. Solchem Anspruche steht namentlich der § 38, I. 6 A.L.R. auch hier nicht entgegen, da dieser Paragraph sich nach seinem Inhalte nur auf einzelne Handlungen, nicht auf gewerbliche Anlagen bezieht, die nach der Art ihres Betriebes mit Eingriffen in einen fremden Eigentumskreis verknüpft zu sein pflegen. Vergl. Entsch. des Obertribunals Bd. 23, S. 267. Wer derartige Anlagen, namentlich wer eine Dampfeisenbahn betreibt, wird sich regelmäßig bewußt sein müssen, daß sein Betrieb schädigend in fremde Eigentumsrechte eingreifen kann. Wollte also der Beklagte behaupten, daß nach den besonderen Umständen des vorliegenden Falles, etwa wegen der Art der Aufstellung und Einrichtung der Lokomotive, die Möglichkeit schädlicher Einwirkungen, insbesondere durch das Herabfallen von Funken, auf fremdes Eigentum bei regelmäßigem Verlaufe der Dinge ausgeschlossen gewesen sei und deshalb von ihm nicht hätte vorhergesehen werden können, so würde er den Beweis für eine solche Behauptung zu führen haben. Inwiefern seine thatsächlichen Angaben zur Beweisführung nach dieser Richtung bestimmt und geeignet waren, ist hier nicht zu erörtern. Demgemäß mußte das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Vorinstanz zurückverwiesen werden, ohne daß es eines Eingehens auf die Frage bedurfte, ob ein Verschulden des Beklagten in betreff des ordnungswidrigen Zustandes und der mangelhaften Bedienung der Lokomotive vom Vorderrichter mit ausreichender Begründung verneint worden ist.

Nr. 1856. VI. Sen. 1. April 1896. VI. 401. 95. Bd. 37, Nr. 69, S. 269.

Umfang der Entschädigungspflicht der Eisenbahnverwaltungen gegenüber den Anliegern. Beginn der dreijährigen Verjährung von Schadensansprüchen. (Preuß. R.). Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Schäden an den Äckern, Wiesen und Wegen des Klägers, deren Ersatz er von dem beklagten Eisenbahnfiskus verlangt, vom Hochwasser des Jahres 1891 herrühren und ihre Ursache darin hatten, daß das vom Eisenbahndamme der Posen-Kreuzburger Bahn aufgestaute Wasser sich durch die beiden zur Abführung des Wassers dienenden Öffnungen, die Warthebrücke und eine Flutbrücke, mit verheerender Gewalt auf die unterhalb liegenden Grundstücke ergoß. Unstreitig hatten schon in den Jahren 1888 und 1889 Hochwasser der Warthe stattgefunden, die dem Hochwasser des Jahres 1891 an Größe nicht nachstanden und ähnliche Schäden zur Folge gehabt hatten. Damals hatte die Flutbrücke nur eine Weite von zehn Metern gehabt; vor dem Hochwasser des Jahres 1891 war sie auf 28 Meter erweitert worden. Sonstige Erweiterungen der vorhandenen Durchlässe, wie sie nach Angabe des Beklagten, freilich nur zum Schutze des Eisenbahndammes, geplant wurden, waren beim Eintritte des Hochwassers von 1891 noch nicht zur Ausführung gekommen. Das Berufungsgericht hat den Schadensanspruch in dem jetzt angefochtenen Urteil dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsrichters ist nicht zu beanstanden. Hat der Beklagte bei der Anlegung der Bahn den Anordnungen der Regierung vollständig genügt und konnte er damals die Notwendigkeit weiterer Schutzmaßregeln zur Sicherung der Anlieger auch bei gehöriger Aufmerksamkeit nicht erkennen, wovon das Gegenteil nicht festgestellt ist, so war er zwar zum Ersatze von Schäden, die dennoch durch die Eisenbahnanlage den Anliegern entstanden, nicht verpflichtet, wie

in dem Urteil Nr. 1846 ausgeführt ist. Allein ebendort ist der im § 14 des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 zum Ausdruck gebrachte Gedanke darin gefunden worden, daß die den Anwohnern aus der ungewöhnlichen Benutzung eines Grundstücks zu Eisenbahnzwecken entstehenden Gefahren auf den Eisenbahnunternehmer übertragen werden sollen. Wenn sich auch die Verpflichtung der Eisenbahn auf die Abwendung voraussehbarer Schäden beschränkt, so liegt es doch innerhalb der Grenzen dieser Verpflichtung, daß, wenn in der Folge die von der Regierung angeordneten und von dem Unternehmer getroffenen Maßregeln sich als unzureichend erweisen, eine zweckentsprechende Ergänzung oder Änderung der Schutzvorrichtungen einzutreten hat. Insbesondere erscheint, wenn bei Anlegung der Bahn die Hochwassergefahr, die daraus für die Anwohner erwächst, unterschätzt ist und dies sich bei einem Hochwasser gezeigt hat, die Unterlassung der zur Abwendung einer Wiederholung der Gefahr erforderlichen Schutzvorrichtungen nicht dadurch gerechtfertigt, daß diese Schutzvorrichtungen früher nicht für notwendig erachtet worden sind und nach den damals vorliegenden Erfahrungen auch nicht für notwendig zu erachten waren. Auch der vom Beklagten erhobene Einwand der Verjährung erscheint nicht begründet. Die abweichende Meinung des ersten Richters beruht auf Mißverständnis des § 54, I. 6 A.L.R. und des Plenarbeschlusses des Obertribunals vom 20. März 1846 (Entsch. des Obertribunals Bd. 13, S. 19). Der Einwand stützt sich darauf, daß der Kläger schon durch die Hochwasser der Jahre 1888 und 1889, also schon länger als drei Jahre vor Anstellung der Klage, von der durch die Anlage der Bahn seinen Grundstücken drohenden Überschwemmungsgefahr Kenntnis erlangt hatte. Es ist aber nicht abzusehen, wie der Kläger dadurch, daß er die Gefahr kannte, die ihm bei einer Fortdauer des bestehenden Zustandes drohte, von dem Dasein des im Jahre 1891 eingetretenen als möglich immerhin voraus-zusehenden Schadens schon vorher unterrichtet gewesen sein könnte. Der Beklagte war zu einer Änderung des bestehenden Zustandes verpflichtet und der Kläger durfte erwarten, daß diese Änderung erfolge und daß somit ein weiterer Schade nicht entstehe. Der erwähnte Plenarbeschluß hat es mit einer in sich vollendeten Handlung zu thun, deren nachteilige Folgen sich noch in die Zukunft hinein erstrecken und sich wiederholen; für diesen Fall wird dort angenommen, daß der gesamte Schade als einheitlicher innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist geltend gemacht werden müsse. Von einem solchen einheitlichen Schaden kann aber nicht die Rede sein, wenn die Fortdauer eines gesetzwidrigen Zustandes, den zu beseitigen der Verpflichtete unterläßt, von neuem schädigend wirkt. Es liegt dann ein neuer Schade vor und die Verjährung des Ersatzanspruches kann vor dessen Eintritt nicht beginnen.

Nr. 1857. V. Sen. 13. Mai 1893. V. 38. 93. Bd. 31, Nr. 64, S. 285.

Eigentumsklage auf Beseitigung der infolge einer Eisenbahnanlage eingetretenen Änderung der Vorflutverhältnisse. (Preuß. R.). Der Kläger ist Eigentümer eines unterhalb des Güterbahnhofes bei N. gelegenen Grundstückes, eines Teils des alten Saalebettes. Der beklagte Eisenbahnfiskus besitzt in der Nähe hiervon südlich vom Güterbahnhofe ein Stück Land, das seine Rechtsvorgängerin, die Thüringische Eisenbahngesellschaft, im Jahre 1874 vom Kläger erworben hat. Durch Ausschachtung ist dies Grundstück niedriger gelegt und so ein Wasserbehälter, der sogen. Schwanenteich, entstanden, der unter Vermittelung eines vom Beklagten unter der Roßbacher Straße angelegten Durchlasses aus dem Mausabache gespeist wird. Da diesem die Abwässer der Stadt N. zugeführt werden, so gelangt ein Teil davon in den Schwanenteich und von hier aus, wie der Kläger behauptet, durch einen älteren unter dem Güterbahnhofe befindlichen Durchlaß in den ihm gehörigen Moritzgraben und so in seine im alten Saalebette befindlichen Weidenanpflanzungen. Indem er ausführt, daß durch die Anlegung des Durchlasses unter der Roßbacher Straße eine künstliche Vorflut geschaffen sei, die auf sein Grundstück schädlich einwirke, beantragt er, den Beklagten zu verurteilen, geeignete Vorkehrungen zu treffen, welche ein Übertreten von Schlamm und Flüssigkeiten aus dem

sogen. Schwanenteiche an der Roßbacher Straße in den westlich davon gelegenen durch die Moritzwiesen nach dem alten Saalebette führenden Graben des Klägers in das alte Saalebett verhindern. Beide Vorinstanzen haben der Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges stattgegeben. Auf die Revision des Klägers ist das Berufungsurteil aufgehoben. Der Klagantrag kann mit Rücksicht auf den sonstigen Klaginhalt nur dahin verstanden werden, daß der Kläger beansprucht, der Beklagte solle sich so lange, als sich Wasser der Mausa in den Schwanenteich ergießt und er nicht Vorkehrungen trifft, die ein Übertreten des Wassers aus dem Schwanenteiche auf die Grundstücke des Klägers verhüten, jeder Zuleitung dieses Wassers enthalten. Dem Berufungsrichter ist hiernach darin beizutreten, daß die Klage in ihrem Endergebnisse darauf abzielt, eine Änderung der durch den Durchlaß unter der Roßbacher Straße geschaffenen Vorflutverhältnisse herbeizuführen. Dagegen geht der Berufungsrichter fehl, wenn er meint, daß der Kläger wegen dieses Anspruches den Schutz der ordentlichen Gerichte um deswillen nicht anrufen dürfe, weil der Durchlaß für eine mit dem Betriebe des Eisenbahnunternehmens zusammenhängende Anlage zu erachten sei. Der Berufungsrichter befindet sich in Übereinstimmung mit dem vom Reichsgericht in dem Urteile im Falle Nr. 1845 ausgesprochenenen Grundsätzen, wenn er ausführt, daß in der Erteilung der Konzession zum Betriebe der Bahn die allgemeine Anordnung der Staatsgewalt liege, daß die benachbarten Grundbesitzer solche nachteiligen Einwirkungen auf ihre Grundstücke dulden müßten, ohne die der Betrieb nicht ausführbar ist. Er folgert daraus mit Recht, daß eine solche Konzessionierung den Charakter eines im öffentlichen Interesse von der Staatsgewalt bewirkten Eingriffes in das Privateigentum hat, wogegen den benachbarten Grundbesitzern die ihnen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zustehende negatorische Klage versagt wird. Es ergiebt sich hieraus, daß Eisenbahnbauten, die nach Maßgabe des vom Minister auf Grund des § 4 des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 festgestellten Projekts zur Ausführung gelangen, nicht zum Gegenstande einer negatorischen Klage gemacht werden können. Dasselbe gilt von der Einrichtung und der Unterhaltung aller Anlagen, die von der Regierung an Wegen, Überfahrten, Triften, Einfriedigungen, Bewässerungen und Vorflutsanlagen für nötig erklärt werden, die benachbarten Grundbesitzer gegen Gefahren und Nachteile bei Benutzung ihrer Grundstücke zu sichern (§ 14 a. a. O.). Dabei macht es keinen Unterschied, ob diese Anlagen erst nach Fertigstellung der Bahn nötig geworden und genehmigt sind oder schon in dem Projekte in Aussicht genommen waren. Da anzunehmen ist, daß die Landespolizeibehörde bei Regulierung dieser Verhältnisse erschöpfende Anordnungen getroffen hat, so ist den Nachbarn nicht bloß die Klage auf Beseitigung der ausgeführten konsentierten Anlagen entzogen, sondern auch das Recht versagt, die Eisenbahnverwaltung im Rechtswege zur Herstellung besonderer Anlagen zu zwingen, die geeignet sind, die schädigende Wirkung aufzuheben. Glaubt der Nachbar hierauf einen Anspruch zu haben, so steht ihm frei, die zuständige Landesbehörde um ihre Entscheidung anzugehen; im Rechtswege kann er nur den Anspruch auf Entschädigung geltend machen. Anders aber gestaltet sich das Rechtsverhältnis zwischen der Eisenbahnverwaltung und den angrenzenden Grundbesitzern bei Eisenbahnbauten, die weder unter das festgestellte Projekt fallen noch sonst von der Landespolizeibehörde genehmigt worden sind. Hier gelten ohne alle Beschränkung die allgemeinen Grundsätze des Nachbarrechts und die Eisenbahnverwaltung steht nicht anders zu den Nachbarn als jeder andere Grundbesitzer. Wenn sie Änderungen an dem Eisenbahnkörper vornimmt, die eine Änderung der Vorflutverhältnisse bewirken, und so in die Eigentumsrechte des Nachbars übergreift, so handelt sie auf ihre eigene Gefahr und dem Nachbar kann nicht verwehrt werden, seine dadurch verletzten Privatrechte im Rechtswege zu verfolgen. Glaubt die Verwaltung, daß die Anlage zum Eisenbahnbetriebe im öffentlichen Interesse notwendig sei, so kann sie sich gegen eine Klage der Nachbarn nur dadurch sichern, daß sie nachträglich die Genehmigung der Landespolizeibehörde erwirkt; eine selbständige, die Gerichte bindende

Entscheidung über den Bau anderer von der Landespolizeibehörde nicht genehmigter Anlagen steht den Unternehmern der Eisenbahn nicht zu. Hierin wird auch nichts dadurch geändert, daß, wie im vorliegenden Falle, mit der Verwaltung der Eisenbahn eine Staatsbehörde betraut ist; denn zur Wahrnehmung landespolizeilicher Interessen ist sie dadurch nicht berufen. Rechtsirrtümlich läßt es daher der Berufungsrichter dahingestellt sein, ob die Herstellung des Durchlasses auf Grund landespolizeilicher Genehmigung geschehen ist. Der vom Berufungsrichter angeführte Grund, die Einrichtung sei offensichtlich im Interesse des Eisenbahnbetriebes ausgeführt, trägt nach dem bereits Gesagten die Entscheidung nicht, und es bedarf deshalb nicht einer Prüfung der Frage, wen von den Parteien in dieser Beziehung die Beweislast trifft. Es ist davon auszugehen, daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der vom Kläger erhobene negatorische Anspruch dem ordentlichen Rechtswege unterliegt. Der Beklagte, der die Unzulässigkeit des Rechtsweges geltend macht, hat die Voraussetzungen seines Einwandes darzuthun; ihn trifft daher die Beweislast dafür, daß die Vorflutverhältnisse mit Zustimmung der zuständigen Landespolizeibehörde geändert worden seien. Wenn er sich dem gegenüber darauf beruft, daß der Richter über seine Zuständigkeit von Amts wegen zu befinden hat, so übersieht er, daß dadurch die Beweislast, wenn die zur Prüfung dieser Frage notwendigen Thatsachen streitig sind, in keiner Weise berührt wird.

Nr. 1858. V. Sen. 27. April 1892. V. 362. 91. Bd. 29, Nr. 66, S. 268.

Klage dessen, der einen Teil seines Grundstückes zu einem bestimmten Unternehmen verkauft hat, auf Ersatz des Schadens, der dem Grundstücke des Klägers durch den Betrieb des Unternehmens erwächst. (Preuß. R.). Dem Berufungsrichter ist allerdings darin beizustimmen, daß die Anlieger einer Eisenbahn die Zuführung von Rauchmengen, die das Maß des Gemeinüblichen überschreiten und einen nicht erträglichen Grad erreichen, in Waldungen, deren Wachstum dadurch erheblich beeinträchtigt wird, nicht zu dulden brauchen und daß ihnen an Stelle der durch Gründe des öffentlichen Rechts ausgeschlossenen negatorischen Klage der Anspruch auf Schadensersatz gegen den Unternehmer zusteht. Allein dies versteht sich uneingeschränkt nur zu Gunsten solcher Anliegen, welche zu dem Eisenbahnunternehmer in keinem anderen Rechtsverhältnisse als dem durch die Nachbarschaft begründeten stehen. Im vorliegenden Falle hat aber die klagende Stadtgemeinde den Grund und Boden, den der sie durch seinen Betrieb angeblich schädigende Bahnhof R. einnimmt, teils dem beklagten Eisenbahnfiskus, teils dessen Rechtsvorgängerin, der R. M. Eisenbahngesellschaft, von ihren Waldungen abverkauft. Der Berufungsrichter hat die rechtliche Bedeutung des dadurch unter den Parteien begründeten Vertragsverhältnisses verkannt. Schon der von ihm gezogene Vergleich der freiwilligen Veräußerung mit der Enteignung, soweit dabei an das preußische Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 gedacht ist, geht fehl. Der den Bestimmungen der §§ 8 und 31 des cit. Gesetzes zu Grunde liegende Gedanke ist der, daß schon bei Feststellung der Entschädigung die Nachteile, die dem übrigen Grundbesitze aus der Ausführung des Unternehmens erwachsen, soweit sie zur Zeit des Entschädigungsverfahrens erkennbar sind, berücksichtigt werden sollen und daß demgemäß weitere Entschädigungsansprüche nur ausnahmsweise zugelassen werden. Dieser gesetzgeberische Gedanke ist indessen nicht vorbildlich für das aus der freiwilligen Veräußerung entstandene Rechtsverhältnis zu verwerten, sondern enthält umgekehrt eine Festlegung der Willensrichtung, von der Verkäufer und Käufer bei freiwilliger Abtretung der Regel nach ausgehen, für den Fall der Zwangsenteignung. Der Berufungsrichter beurteilt aber auch, abgesehen von dem Vergleiche mit der Zwangsenteignung, das Rechtsverhältnis aus dem freiwilligen Grundstücksverkaufe unrichtig. Er berücksichtigt nicht den hier allein fraglichen Fall der Teilabtretung, unterscheidet nicht zwischen der Abtretung an einen beliebigen Käufer und der Abtretung zu einem bestimmten Unternehmen und unterläßt in der letzteren Beziehung, den Einfluß zu prüfen, den die

Zweckbestimmung des zu erwerbenden Grund und Bodens auf das Rechtsverhältnis der Parteien hat. Der Eigentümer, der nur einen Teil seines zusammenhängenden Grundbesitzes veräußert, hat Nachteile nicht allein aus der etwaigen für die Benutzung oder Verwertung ungünstigeren Gestaltung der ihm verbleibenden Bodenfläche, sondern auch durch den freien Gebrauch zu gewärtigen, den der Erwerber des Teilstückes davon zu machen befugt ist (§§ 26 ff. I. 8 A.L.R.). Legt er Wert auf die damit aufgegebene Freiheit, so wird dies entweder in dem Vorbehalte entgegengesetzter Grundgerechtigkeiten oder in der Erhöhung des Kaufpreises seinen Ausdruck finden. Immerhin aber wird bei dem Abverkaufe der Veräußerer nicht schutzlos gegenüber solchen Einwirkungen von seiten des Trennstückes auf das ihm verbliebene Grundstück, die das Maß des Gemeinüblichen überschreiten und ihn im Gebrauche des letzteren erheblich beeinträchtigen. Ganz anders gestaltet sich aber die Rechtslage, wenn der Abverkauf ausdrücklich oder doch beiden Kontrahenten bewußt zu dem Zwecke eines bestimmten Unternehmens geschieht. Der Käufer, der den Zweck, wozu er das Grundstück erwirbt, offen angiebt, der die Schwierigkeiten, die sich wegen dieses Zweckes dem Geschäftsabschlusse entgegenstellen, sei es durch Bewilligung eines höheren Kaufpreises, sei es auf andere Weise, überwunden hat, darf nun darauf rechnen, daß dem Unternehmen, zu dessen Ausführung allein er gekauft hat, durch den Verkäufer keine Hindernisse bereitet werden. Nur durch eine Übergabe, die mit dieser Wirkung geleistet wird, wird er in den Stand gesetzt, über die gekaufte Sache nach dem Inhalte des Vertrages zu verfügen (§ 124, I. 11 A.L.R.). Der Gebrauch, den er von dem Grundstücke zum Zwecke des beabsichtigten Unternehmens macht, mag von jedem Anderen, nur nicht von dem Verkäufer, der gerade zu diesem Zwecke verkauft hat, als ein unzulässiger Eingriff in seine Eigentumssphäre angefochten werden. Allerdings entziehen sich die Erwägungen, aus denen schließlich der Käufer den Preis bestimmt, für den er verkauft, der Nachprüfung, und deshalb bietet die Höhe des Preises keinen zuverlässigen Anhalt für die Beurteilung des Geschäfts, der den Wert übersteigende Preis kann daher nicht als entscheidendes Merkmal für die Beurteilung von Verträgen der vorliegenden Art aufgestellt werden. Man muß vielmehr ohne Rücksicht auf den Preis als Regel annehmen, daß, wer einen Teil seines Grundstücks zu einem bestimmten Unternehmen verkauft, sich den Nachteilen unterwirft, die für sein Restgrundstück aus der Anlage und dem Betriebe jenes Unternehmens entstehen. Wer z. B. einen Teil seines Villengrundstückes behufs Anlage einer chemischen Fabrik verkauft, wird gegen das Eindringen der in dieser Fabrik erzeugten Gase auf sein Restgrundstück rechtlichen Schutz nicht beanspruchen können. Die hiernach anzunehmende Unterwerfung des Verkäufers unter die von dem abverkauften Trennstücke ausgehenden Schädigungen kann indessen nur von solchen Wirkungen des Unternehmens verstanden werden, die zur Zeit des Verkaufes vorauszusehen waren; sich schädliche Einflüsse gefallen zu lassen, deren Eintreten außerhalb seiner Vorstellung lag, kann ohne ausdrückliche Erklärung als Willensmeinung des Verkäufers nicht unterstellt werden. Diesem für die freiwillige Veräußerung maßgebenden Gedanken entspricht für den Fall der Enteignung die Vorschrift des § 31 des Enteignungsgesetzes. Namentlich kann es auch keinem Bedenken unterliegen, daß für einen Waldbrand, der etwa durch Funkenwurf der Lokomotive entsteht, von dem Eisenbahnunternehmer Entschädigung gewährt werden muß, da kein Verkäufer daran denken wird, derartige Gefahren zu übernehmen. Derartige einzelne Schäden sind auch bei vorhergegangener Enteignung nicht nach § 31 des E.G., sondern nach allgemeinen Rechtsvorschriften zu vergüten.

Nr. 1859. III. Sen. 16. März 1883. III. 445. 82. Bd. 8, Nr. 47, S. 181.

Actio negatoria wegen Fischens auf einem überschwemmten fremden Grundstücke. (Gem. R.). Der Beklagte, welcher behauptet, in dem Teile der Elbe, an welchem die Wiese des Klägers liegt, das Fischereirecht zu haben, hat im Frühjahre, als die Wiese überschwemmt war, in der über der Wiese befindlichen, in ungetrenntem Zusammenhange mit

dem Flußbette stehenden Wasserfläche gefischt und nimmt das Recht zu solchem Fischen in Anspruch. Der Kläger ist mit der negatorischen Klage abgewiesen. Wenngleich das Eigentum an einem Grundstücke dadurch nicht verloren wird, daß es zeitweise von dem Flusse infolge von wenn auch periodisch wiederkehrenden Naturereignissen überschwemmt wird, so wird doch das Eigentum an dem Grundstücke, solange es von dem Flusse oder Meere überschwemmt ist, in der Art suspendiert, daß der Eigentümer sein Eigentumsrecht daran nicht ausüben kann. In den Quellen wird ein wesentlicher Unterschied gemacht, ob das Grundstück von dem Flusse in der Art eingenommen wird, daß er sich daraus ein neues Flußbett bildet, oder ob es nur zeitweise überschwemmt wird. Auf den letzteren Fall beziehen sich l. 23 Dig. quib. mod. usufr. 7, 4 und l. 30 § 3 Dig. de aquir. rer. dom. 41, 1. Der Kläger konnte daher, während sein Grundstück von der Elbe überschwemmt war, dem Beklagten nicht verbieten, in der über dem Grundstücke befindlichen Wasserfläche die Fischerei auszuüben.

Nr. 1860. V. Sen. 13. April 1887. V. 27. 87. Bd. 18, Nr. 56, S. 265.

Eigentumsfreiheitsklage auf Einwilligung in Löschung einer Kautionshypothek. (Preuß. R.). Die Klage des Eigentümers auf Bewilligung der Löschung einer durch Fortfall der dadurch gesicherten Verbindlichkeit erledigten Hypothek ist, sofern sie nicht auf die Behauptung der von dem Kläger selbst bewirkten Tilgung der Verbindlichkeit gestützt werden kann, als negatorische Eigentumsklage für statthaft zu erachten. Die Kautionshypothek kann erst geltend gemacht werden mittels des Nachweises, daß eine Forderung, zu deren Sicherheit sie bestellt war, entstanden sei; ist dies der Fall, so fällt sie nicht wie die Hypothek für eine nach Grund und Betrag bestimmte Forderung durch Zahlung seitens des Grundeigentümers an diesen zur anderweitigen Verfügung anheim (§ 67 des E.E.G. vom 5. Mai 1872), sondern sie verliert ihre Rechtsbeständigkeit, sobald die Forderung, zu deren Sicherheit sie bestellt war, getilgt ist und sobald außerdem feststeht, daß neue Forderungen, auf welche die Kautionsbestellung sich erstreckt, nicht entstehen können; von diesem Zeitpunkte ab bis zur Löschung im Grundbuche ist der Fortbestand der Kautionshypothek nur ein formaler. Demnach ist der Anspruch auf Löschung einer Kautionshypothek, sofern sie nicht von vornherein gegenstandslos geblieben ist, durch den Nachweis gerechtfertigt, daß eine Forderung, für welche sie haftbar wäre, nicht mehr besteht und nicht mehr entstehen kann, ohne Rücksicht darauf, welches der Erledigungsgrund ist, und, soweit die Tilgung durch Zahlung erfolgt ist, wer der Zahlende war; und der Anspruch auf Bewilligung der Löschung gegen den, welcher gleichwohl Rechte aus der Kautionshypothek für sich in Anspruch nimmt, erscheint dann lediglich als die Abwehr des in diesem unbegründeten Anspruche liegenden Eingriffes in das Verfügungsrecht des Grundeigentümers. Daß der Eigentümer unter Umständen, wenn ihm nämlich Hypothekenfreiheit zugesichert ist, auch den Vorbesitzer auf Erfüllung dieser Zusicherung durch Herbeiführung der Löschung in Anspruch nehmen kann, ist ohne Einfluß auf sein Recht, jenen Eingriff unmittelbar gegen denjenigen, von welchem er ausgeht, abzuwehren. Nr. 1861.

Nr. 1861. V. Sen. 7. Oktober 1896. V. 85. 96. Bd. 38, Nr. 66, S. 246.

Eigentumsfreiheitsklage auf Löschung einer Hypothek. (Preuß. R.). Die Witwe M. war Eigentümerin der mit zwei Korrealhypotheken im Gesamtbetrage von 10 500 Mk. belasteten Grundstücke Kinten Nr. 7, 12, 13 und 172. Im Jahre 1887 veräußerte sie verschiedene Parzellen, unter anderen an die Beklagte K. drei Parzellen, die das neue Grundbuchblatt Kinten Nr. 171 erhielten. Die Witwe M. hat sich gegenüber der Beklagten und den Käufern anderer Parzellen verpflichtet, die 10 500 Mk., für die sie als persönliche Schuldnerin haftete, auf deren Grundstücken löschen zu lassen. Die Witwe M. ist auf die Klage der jetzigen Beklagten rechtskräftig verurteilt, ihr die zur Löschung der 10 500 Mk. erforderlichen Urkunden zu beschaffen. Diesem Urteile ist bisher nicht genügt worden. Am

18. April 1888 erteilte die Witwe M. dem A. R., einem Bruder des inzwischen verstorbenen und von der Klägerin allein beerbten S. R., Vollmacht, ihre Restgrundstücke zu parzellieren. Durch notarielle Verträge vom 19. April 1888 verkaufte A. R. auf Grund jener Vollmacht mehrere Parzellen an verschiedene Personen mit der Vereinbarung, daß die nicht bar bezahlten Kaufgelderreste für S. R. eingetragen werden sollten. Demnächst erwarb S. R. die erwähnten beiden Hypotheken im Gesamtbetrage von 10500 Mk. Zur Auflassung der durch A. R. im Auftrage der Witwe M. verkauften Parzellen kam es nicht; vielmehr wurden die Restgrundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung versteigert und dem A. R. für das Meistgebot von 4050 Mk. und Übernahme eines Altenteils am 4. Juli 1889 zugeschlagen. Bei der Kaufgelderbelegung am 9. August 1889 liquidierte S. R. die beiden Hypotheken, kam mit 2143,10 Mk. zur Hebung und fiel mit 8356,90 Mk. aus. A. R. wurde als Eigentümer der subhastierten Grundstücke eingetragen, auf denen die beiden Hypotheken gelöscht wurden. Wegen des Ausfalles von 8356,90 Mk. ließ S. R. andere mitverhaftete von der Witwe M. im Jahre 1887 abveräußerte Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung versteigern und gelangte in dieser Subhastation mit weiteren 2141,14 Mk. zur Hebung, so daß sein Ausfall nur noch 6215,77 Mk. betrug. Diese Resthypothek haftet zur Zeit nur auf dem der Beklagten gehörigen Grundstücke Kinten Nr. 171 und auf einem anderen der Witwe M. ebenfalls nicht mehr gehörigen Parzellengrundstücke. Die Klägerin als Erbin des S. R. verlangt jetzt mit der dinglichen Klage Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 6215,77 Mk. nebst Zinsen, während die Beklagte Abweisung der Klage und widerklagend beantragt, die Klägerin zu verurteilen, in die Löschung der beiden Hypotheken zu willigen und die über dieselben gebildeten Hypothekenbriefe herauszugeben. Die Beklagte behauptet, daß S. R. wegen der 10500 Mk. und Zinsen volle Befriedigung erlangt habe, und zwar durch Zahlungen der Erwerber früher mitverhafteter Parzellen, die A. R. zu diesen Zahlungen angewiesen habe. Es hat nämlich A. R., nachdem er die Grundstücke in der Subhastation erstanden, am 19. Dezember 1889 unter Überreichung der Verträge vom 19. April 1888 die in diesen bezeichneten Teilstücke den daselbst benannten Käufern und den Rest in Parzellen an andere Personen aufgelassen. Die Kaufpreise betrugen insgesamt 131 75 Mk., wovon 8040 Mk. zum Teil in hypothekarisch gesicherten Beträgen dem S. R. auf Anweisung des A. R. seitens der Käufer überwiesen worden sind. Auf diese überwiesenen Beträge hat S. R. 6894,90 Mk. also mehr als den Ausfall seiner beiden Hypotheken durch Zahlung erhalten und zwar nach der Behauptung der Beklagten auf jenen Ausfall, nach der Behauptung der Klägerin dagegen auf eine persönliche Forderung an A. R. Der erste Richter hat die Beklagte nach dem Klagantrage verurteilt und ihre Widerklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat dagegen nach umfangreichen Beweiserhebungen die Klage abgewiesen und die Klägerin nach dem Widerklagantrage verurteilt. Die Revision der Klägerin ist zurückgewiesen. Der Berufungsrichter stellt in thatsächlicher, und von Rechtsirrtum freier Erwägung fest, daß die auf Anweisung des A. R. von den Erwerbern der Parzellen der Restgrundstücke Kinten Nr. 7, 12, 13 und 172 an die Klägerin und ihren Rechtsvorfahren S. R. geleisteten Zahlungen nicht zur Tilgung einer Buchschuld des A. R., sondern zur Deckung der beiden Resthypotheken, deren Betrag mit der Klage verlangt wird, erfolgt sind und daß diese Zahlungen den Betrag der Resthypotheken übersteigen. Schon damit rechtfertigt sich die Abweisung der Klage, da durch jene Feststellung die Aktivlegitimation der Klägerin zerstört ist. Der Berufungsrichter geht aber weiter, indem er annimmt, daß durch die Zahlungen nicht ein Rechtserwerb (für A. R. oder irgend einen Dritten) vermittelt, sondern die den Resthypotheken zu Grunde liegende Forderung völlig aus der Welt geschafft sei, so daß auch die Hypotheken eine materielle Existenzberechtigung nicht mehr hätten. Nach den thatsächlichen Feststellungen des Berufungsrichters ist auch die Annahme begründet, daß A. R. die Parzellierung auf Grund der Vollmacht der Witwe M. weiter geführt und daß er die Zahlungen an S. R. in Erfüllung der seiner Auf-

traggeberin gegenüber ihren Parzellenkäufern und also auch der Beklagten obliegenden Verbindlichkeit zur Beschaffung reiner Hypothek geleistet hat oder hat leisten lassen. Die Witwe M. konnte aber mit den Zahlungen einen Rechtserwerb (sei es auf Grund des § 46, I. 16 A.L.R. sei es auf Grund der §§ 63, 64 E.E.G. vom 5. Mai 1872) nicht beabsichtigen und erreichen, weil sie selbst die persönliche Schuldnerin und nicht mehr eingetragene Eigentümerin irgend eines mitverpfändeten Grundstücks war. Auch wenn man annehmen wollte, daß A. R. die Grundstücke Kinten Nr. 7, 12, 13 und 172 in der Subhastation für sie wieder erworben hätte, würde sie zur Zeit der Zahlungen immer nicht eingetragene Eigentümerin gewesen sein, und wenn sie selbst einer solchen gleich zu stellen sein sollte, so würde sie jedenfalls nicht mehr Eigentümerin eines oder mehrerer für jene Hypotheken haftenden Grundstücke gewesen sein und es also an einer der Voraussetzungen der §§ 63, 64 E.E.G. fehlen; denn zur Zeit der Zahlungen waren die Resthypotheken auf den bezeichneten Grundstücken, als deren Eigentümerin die M. noch in Betracht kommen könnte, bereits gelöscht, also die M. nur noch persönlich verhaftet. Der bloß persönlich haftende Schuldner aber erwirbt nach dem jetzt geltenden Rechte durch Zahlung der Schuld die dieser korrespondierende Forderung dann nicht, wenn er, wie im vorliegenden Falle, keine Mitschuldner hat, an die er nach Gesetz oder Vertrag Regreß nehmen könnte. Seine Zahlung hat dann nur die Wirkung der vollständigen Beseitigung der Schuld und der Forderung. Eine Folge davon ist, daß auch die Hypothek an den nicht oder nicht mehr im eingetragenen Eigentume des zahlenden persönlichen Schuldners befindlichen Grundstücken wegen ihres accessorischen Charakters ihren materiellen Bestand verliert. Im vorliegenden Falle kommt noch hinzu, daß auch nicht einmal anzunehmen ist, die M. habe beabsichtigt, durch die in ihrem Auftrage geleisteten Zahlungen die auf dem Grundstücke der Beklagten lastende Hypothek zu erwerben, weil sie ja gerade zur Beseitigung dieser Hypothek rechtskräftig verurteilt war. Demgemäß hat der Berufungsrichter die vorliegende Klage mit Recht nicht bloß wegen mangelnder Aktivlegitimation, sondern deshalb abgewiesen, weil die Resthypotheken materiell nicht mehr bestehen, vielmehr nur noch eine unberechtigte formale Existenz führen. Aus obigen Ausführungen ergiebt sich aber zugleich, daß die vom Berufungsrichter auf die Widerklage getroffene Entscheidung richtig ist. Obligatorische Beziehungen bestehen zwischen den Parteien nicht. Daher kann die Widerklage mit dem Berufungsrichter nur als eine dingliche, nämlich als die Eigentumsfreiheitsklage aufgefaßt werden. Daß nach preußischem Rechte die Beseitigung von Hypotheken, die nur formal existieren, durch diese Scheinexistenz aber den Eigentümer belästigen, ihm die Veräußerung und anderweitige Verpfändung erschweren, mit der Eigentumsfreiheitsklage verlangt werden kann, ist in Lehre und Rechtsprechung nicht streitig. Nr. 1860. Natürlich ist die Eigentumsfreiheitsklage dann unzulässig, wenn durch die Löschung der Hypothek die Rechte Dritter beeinträchtigt werden würden, also insbesondere wenn durch die Bezahlung der Hypothekenforderung nicht das Erlöschen, sondern der Erwerb der Forderung bewirkt werden soll und bewirkt wird, wie in den eben erwähnten Fällen der §§ 63, 64 E.E.G. und §§ 46 ff. I. 16 A.L.R. Ein solcher Fall liegt aber nicht vor; vielmehr haben die an die Klägerin und deren Rechtsvorgänger geleisteten Zahlungen das völlige Erlöschen der Forderung herbeigeführt. Die Hypotheken sind durch die im Auftrage der M. erfolgte Bezahlung der Forderungen ungültig geworden, und daher kann die Eigentümerin des mitbelasteten Grundstücks die Löschung mit der dinglichen Klage verlangen. Der Fall liegt für die rechtliche Beurteilung nicht anders als die Fälle, in denen die Hypothek von Anbeginn an nichtig war. Für letztere Fälle ist aber die Zulässigkeit der Eigentumsfreiheitsklage im Gebiete des preußischen Rechts allgemein anerkannt.

Nr. 1862. III. Sen. 28. Februar 1896. III. 106. 95. Bd. 36, Nr. 42, S. 178.

Klage auf Herstellung von Einrichtungen, die nachteilige Einwirkungen eines Gewerbebetriebes auf ein Nachbargrundstück ausschließen oder mindern. § 26 R.G.O.

Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, 1. den Betrieb seiner Frais- und Hobelmaschine, Kreis- und Bandsäge auf seinem Grundstücke einzustellen, 2. eventuell daselbst solche Einrichtungen zu treffen, daß bei dem Betriebe dieser Maschinen das Haus des Klägers nicht erschüttert wird und kein Geräusch in dasselbe eindringt, auch dem Kläger allen durch die Störung entstandenen und noch entstehenden Schaden vorbehaltlich der Liquidation in einem besonderen Verfahren zu ersetzen. Das Landgericht hat unter Abweisung der Klage im übrigen den Beklagten verurteilt, rücksichtlich der auf seinem Grundstück betriebenen Schreinerei und Fabrikation von Parketböden solche Einrichtungen zu treffen, daß die mit dem dermaligen Betriebe verbundene Erschütterung des Hauses des Klägers auf ein erträgliches Maß zurückgeführt werde, dem Kläger allen durch übermäßige Erschütterung des Hauses entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen auch die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Auf die Berufung des Beklagten ist die Klage unter Kostenkompensation ganz abgewiesen. Das Berufungsgericht nimmt an, daß infolge der vom Beklagten nach dem ersten Urteil getroffenen Einrichtungen die Erschütterung des Hauses des Klägers auf das erträgliche Maß herabgemindert worden sei, und hält damit den auf Herstellung dieser Einrichtungen gerichteten Klagantrag von diesem Zeitpunkte ab für erledigt und die Abweisung der gleichwohl aufrecht erhaltenen Klage für geboten. Es weist zugleich auch den accessorischen Schadensersatzanspruch ab, weil dieser durch den Wegfall des Hauptanspruchs seinen accessorischen Charakter eingebüßt habe und der Kläger in der Lage sei, wegen des mit der Beseitigung der schädlichen Einwirkung abgeschlossenen Schadens die Leistungsklage zu erheben. Auf die Revision des Klägers ist unter teilweiser Änderung der landgerichtlichen Kostenentscheidung die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Der Kläger kann gegenüber der obrigkeitlich genehmigten Anlage nach § 26 R.G.O. nicht auf Einstellung des Gewerbebetriebes klagen; die negatorische Klage auf Unterlassung ist ihm versagt. Als Ersatz gewährt ihm der § 26 a. a. O. den Anspruch auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligenden Einwirkungen ausschließen, und bei Unthunlichkeit oder Unvereinbarkeit solcher Einrichtungen mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes den Anspruch auf Schadloshaltung. Jener im Eigentum wurzelnde Ersatzanspruch auf Herstellung von Einrichtungen ist seiner Natur nach ein dauernder und besteht, solange die Anlage besteht. Er wird daher nicht erschöpft oder aufgehoben, wenn die Übergriffe während des Prozesses aufhören, vielmehr nur zeitweise befriedigt. War die Klage zur Zeit der Klagerhebung begründet, so muß auch eine entsprechende Verurteilung erfolgen, selbst wenn inzwischen das Thunliche geschehen sein sollte. Dem Kläger wird gegenüber der fortbestehenden Anlage der richterliche Schutz nur dadurch dauernd gewährt, daß er auf Grund des Urteils gegen den Beklagten im Zwangsvollstreckungsverfahren vorgehen kann, wenn die getroffenen Einrichtungen beseitigt werden oder sich in der Folge doch nicht als zureichend erweisen, während die Abweisung der Klage ihn nötigen würde, sobald die Einwirkungen das Maß des Erträglichen übersteigen, von neuem die Klage zu erheben, auch den dem Grunde nach bereits anerkannten Schadensersatzanspruch von neuem im Wege einer selbständigen Leistungsklage geltend zu machen. Andererseits beschwert den Beklagten die Verurteilung nicht, weil der Kläger ohne Erfolg das Zwangsvollstreckungsverfahren beantragt, wenn die entsprechenden Einrichtungen inzwischen getroffen sind. Wenn das Berufungsgericht zwar ein auf Unterlassung künftiger Störungen gerichtetes Klagbegehren nicht durch die im Laufe des Rechtsstreits getroffenen die Störungen beseitigenden Einrichtungen für hinfällig erachtet, dagegen die auf Herstellung dieser Einrichtungen gerichtete Klage durch die inzwischen erfolgte Herstellung der Einrichtungen für erledigt ansieht, so ist zu erwägen, daß auf Herstellung bestimmter Schutzmaßregeln gar nicht geklagt werden kann, weil an der mit obrigkeitlicher Genehmigung hergestellten Anlage Änderungen ohne Zustimmung der zuständigen Verwaltungsbehörde nicht vorgenommen werden dürfen. Es kann nur allgemein die Herstellung von Abhilfevorrichtungen begehrt

werden und einen anderen Klagantrag hat auch der Kläger nicht gestellt. Erkennt dann das Gericht, wie auch hier geschehen ist, allgemein auf Herstellung von Einrichtungen, die die beeinträchtigenden Einwirkungen auf das Maß des Erträglichen einschränken, so gehört das weitere dem Vollstreckungsverfahren an. Daß der accessorische Schadensersatzanspruch bis zur Klagerhebung wegen Verschuldens des Beklagten begründet ist, hat auch das Berufungsgericht anerkannt; für die Zeit nach der Klagerhebung aber ist der Anspruch ohne weiteres begründet, solange nicht die Einwirkungen der Anlage auf das Haus des Klägers auf das vom Kläger zu duldende Maß zurückgeführt worden sind. Nr. 1853.

Nr. 1863. II. Sen. 29. April 1890. II. 56. 90. Bd. 26, Nr. 68. S. 352.

Klage des durch den Betrieb einer gewerblichen Anlage geschädigten Besitzers eines Nachbargrundstücks auf Ersatz des erst in Zukunft entstehenden Schadens in dem Falle, wenn ihm die Klage auf Einstellung des schädigenden Betriebes zusteht. (Rhein. R.). Der Berufungsrichter hat in Anschluß an das Urteil im Falle Nr. 1850 die Klage abgewiesen, weil der Ersatz zukünftigen Schadens nur unter gewissen Voraussetzungen, jedenfalls aber dann nicht durch Klage gefordert werden dürfe, wenn die Klage auf Beseitigung des schadenbringenden Betriebes gegeben sei. Der Senat ist indessen von dieser Rechtsauffassung abgegangen. Grundsätzlich ist zwar nicht zu bestreiten, daß die Anordnung von Vorbeugungsmaßregeln für die Zukunft nicht zu den Aufgaben der Gerichte gehört, für die Beurteilung des Klagbegehrens vielmehr der im Augenblicke der Klagerhebung vorliegende Thatbestand maßgebend ist. Die fortschreitende Rechtsentwickelung hat jedoch aus Gründen der Zweckmäßigkeit, insbesondere zu dem Zwecke, der Vervielfältigung der Prozesse entgegenzutreten, diese Schranken für eine Reihe von Fällen durchbrochen. Die C.P.O. gestattet in § 231 die alsbaldige Feststellung eines Rechtsverhältnisses, obwohl dessen Wirkungen erst in der Zukunft eintreten, und trifft in den §§ 671, 687 Fürsorge für den Fall, daß die Vollstreckung eines Urteils von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer Thatsache abhängt. In gleicher Weise gestatten das Haftpflichtgesetz, das Berggesetz § 137 und die R.G.O. § 26 die Verurteilung zum Ersatze desjenigen Schadens, welcher unter gewissen Voraussetzungen erst in Zukunft eintreten wird. Allerdings kann eine Entschädigung nicht für den Fall gefordert werden, daß der Beklagte in der Zukunft eine unrechte That (Art. 1382 ff. code civil) erst begehen werde. Im vorliegenden Falle waren aber die schadenbringende Ursache und der schädigende Erfolg im Augenblicke der Klagerhebung schon vorhanden. Wenn auch das Bestehen der Dampfmaschine und der sonstigen Einrichtungen auf die Besitzung des Klägers keine Wirkungen ausübte, so bestanden doch diese Anlagen doch nur zu dem Zwecke, um betrieben zu werden und Nutzen zu bringen, und sie sind thatsächlich sowohl vor als nach der Klagerhebung betrieben worden. Die Klage richtet sich daher nicht sowohl gegen eine künftige unrechte That des Beklagten als gegen die voraussehbare Fortsetzung eines bereits vorhandenen Zustandes und kann in dieser Beschränkung nicht für unzulässig erachtet werden. Die fernere Ausführung des Berufungsrichters, daß ein Schadensersatz nicht gefordert werden könne, wo die negatorische Klage auf Beseitigung gegeben sei, stellt sich allerdings als die Folge des anerkannten Grundsatzes dar, daß ein Beschädigter überall den Ersatz zu fordern nicht berechtigt ist, wo ihm die Möglichkeit zur Abwehr des Schadens gegeben ist. Daß aber dieser Satz auf schadenbringende gewerbliche Anlagen keine unbedingte Anwendung finden soll, wird zu Gunsten des Gewerbfleißes und der allgemeinen Wohlfahrt durch § 26 der deutschen G.O. ausdrücklich bestimmt. Einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber kann der Besitzer eines benachbarten Grundstücks, dem nach dem bestehenden Rechte zur Abwehr der benachteiligenden Einrichtungen die Privatklage gegeben wäre, niemals die Einstellung des Betriebes fordern, sondern er hat nur eine Klage auf Verbesserung der Einrichtungen

und, wo solche nicht ausführbar ist, auf Schadloshaltung. Hier handelt es sich nun allerdings nicht um eine obrigkeitlich genehmigte Anlage; nach den in Elsaß-Lothringen geltenden Bestimmungen war eine Genehmigung der Behörde für die in Frage stehende Dampfsägerei überhaupt nicht erforderlich. Gleichwohl kann die Entschädigungsklage nicht für unzulässig erachtet werden, weil der Beklagte kein Interesse, daher auch kein Recht hat, sich auf die Möglichkeit der negatorischen Klage zu berufen; denn es steht ihm frei, durch Einstellung des Betriebes den Klaggrund für das Begehren des künftigen Schadens und damit die Klage selbst zu beseitigen. Übrigens wäre es auch in einem solchem Falle dem Beschädigten, der sich unter Verzicht auf das weitergehende Recht mit dem Schadensersatze begnügen will, keineswegs benommen, seinen Zweck auf einem Umwege zu erreichen, indem er ein Urteil auf Betriebseinstellung erwirken und im Falle der Nichterfüllung Ersatz des Schadens fordern könnte.

Nr. 1864. I. Hilfs-Sen. 12. Juni 1883. IV^a. 8. 83. Bd. 9, Nr. 75, S. 278.

Schadloshaltung wegen dauernder Wertverminderung einer Sache. (Preuß. R.). Die Klage gründet sich darauf, daß durch die vom Beklagten gemachten Rieselanlagen die Versumpfung der klägerischen Grundstücke verursacht und hierdurch dem Kläger die normale Nutzung der Grundstücke entzogen, ihr Wert ein viel geringerer geworden sei. Der Ersatz ist, wie jede Entschädigung, der Regel nach in einer ein für allemal fixierten Kapitalsumme zu leisten. Nur in gewissen besonderen Fällen, z. B. in den Fällen der §§ 99 ff., 103, 105 ff., 126, 127, I. 6; § 6, I. 22 A.L.R., geschieht einer fortlaufenden Vergütigung oder Rente Erwähnung, während in den die Art der Schadensersatzleistung im allgemeinen normierenden §§ 79—81, I. 6 A.L.R. von dieser Art der Abfindung, namentlich von einem Wahlrechte des Beschädigten in dieser Beziehung nicht die Rede ist (vergl. § 7 des Reichshaftpflichtgesetzes). Der Verletzte hat daher, abgesehen von jenen Ausnahmefällen, auch bei fortwirkender Beschädigung kein Recht, statt der Kapitalabfindung die Gewährung einer Rente zu verlangen. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Es macht keinen Unterschied, wenn die Sache eine fruchttragende ist und die Wertverminderung in der dauernd verminderten Ertragsfähigkeit ihren Grund findet und die Folgen des entstandenen Schadens sich deshalb in die Zukunft erstrecken und sich alljährlich erneuern. §§ 89, 90, I. 6 A.L.R.

Nr. 1865. II. Sen. 16. Oktober 1891. II. 171. 91. Bd. 28, Nr. 88, S. 380.

Eigentumsklage auf Herausgabe einer beweglichen Sache gegen den bösgläubigen Besitzer. Klage auf Herausgabe einer beweglichen Sache als Rückgängigmachung der Folgen einer unerlaubten Handlung. (Rhein. R.). Das Berufungsgericht verkennt, daß nach Art. 2279 code civil jeder Besitzer einer beweglichen Sache kraft dieses Gesetzes dem Dritten gegenüber als Eigentümer gilt und daß er jede Klage des Dritten auf Herausgabe der Sache mit der Hinweisung auf seinen Besitz abwehren kann, sofern nicht der Dritte einen persönlichen obligatorischen Anspruch auf diese Herausgabe gegen ihn geltend zu machen in der Lage ist. Das Berufungsgericht sagt ferner mit Unrecht, daß der Art. 2279 nur den Besitzer schütze, der in gutem Glauben ist. Das ist nicht die Lehre des französischen Rechts. Indem das Gesetz ohne nähere Modifikation den Satz ausspricht: „en fait de meubles la possession vaut titre“, hat es nicht unterscheiden wollen zwischen einem Besitzer in gutem und einem solchen in bösem Glauben. Dies stimmt auch überein mit den Grundsätzen, die das französische Recht von dem Besitze überhaupt aufstellt, indem die Wirkungen desselben im allgemeinen nicht von dem guten oder bösen Glauben des Besitzers abhängig gemacht werden. Es kann hiernach der Umstand allein, daß sich der dritte Besitzer in bösem Glauben befindet, den, der ein besseres Recht an der Sache zu haben glaubt, nicht berechtigen, die Herausgabe der Sache von dem Dritten zu verlangen. Eine Ausnahme hiervon macht allerdings der Art. 1141 code civil, wonach bei zweimaligem Verkaufe einer beweglichen Sache

der erste Käufer von dem in Besitz gesetzten zweiten Käufer die Herausgabe verlangen kann, wenn der Letztere in bösem Glauben ist. Jedenfalls muß anerkannt werden, daß es Fälle giebt, wo der Besitzer einer Sache, wenn er durch eine unerlaubte Handlung in ihren Besitz gekommen ist, mit einer persönlichen Klage des Eigentümers oder dessen, dessen Recht an der Sache und Interesse durch die unerlaubte Handlung verletzt ist, mit Erfolg auf Herausgabe der Sache belangt werden kann. Es gehört dazu die notwendige Voraussetzung, daß der Besitzer gerade durch die unerlaubte Handlung, die vor dem Gesetze nicht bestehen kann, den Besitz erlangt hat. Dem durch eine solche Handlung Verletzten muß der persönliche Anspruch zuerkannt werden, auch die Folgen der unerlaubten Handlung dem Thäter gegenüber rückgängig zu machen und demnach von ihm die Wiederherstellung des früheren Zustandes zu verlangen. Gehört hierzu die Herausgabe von körperlichen Sachen, so stellt diese Herausgabe nicht etwa den Ersatz des durch die Handlung bewirkten Schadens dar, der möglicherweise noch neben der Herausgabe bestehen und verlangt werden kann, sondern sie ist nur als die Rückgängigmachung der Folgen der unerlaubten Handlung anzusehen, auf die der Verletzte einen persönlichen Anspruch hat. Ein Fall dieser Art liegt nach den thatsächlichen Feststellungen des Berufungsrichters vor. Die in Rußland domizilierte klagende Handlung hat an S. in Straßburg 40 Ballen Hanf mit der Vereinbarung verkauft, daß dem Käufer die Ware nach deren Ankunft in Straßburg erst dann ausgeliefert werden solle, wenn er für zwei Drittel des Kaufpreises Accepte bei einem Bankier in Straßburg hinterlegt haben werde. Gegen Übergabe der Accepte sollte S. das bei dem Bankier niedergelegte Frachtbriefduplikat erhalten. Bei Ankunft der Ware in Straßburg hatte S. bereits seine Zahlungen eingestellt, gleichwohl stellte er Accepte für zwei Drittel des Kaufpreises aus und erhielt gegen Übergabe dieser vom Bankier das Frachtbriefduplikat. Gleichzeitig bestellte S. der beklagten Firma, der er eine erhebliche Summe schuldete, ein Faustpfand an den 40 Ballen Hanf. Nach Ankunft des Hanfes in Straßburg setzte sich nun die beklagte Firma als Pfandgläubigerin sofort in dessen Besitz. Bald darauf wurde über das Vermögen des S. der Konkurs eröffnet. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Beklagte nicht bloß von der betrüglichen Handlungsweise des S. Kenntnis, als sie sich das Faustpfand an der Ware bestellen ließ, sondern auch M., der Teilhaber der beklagten Firma, hat mit der nichtigen Erklärung, die Beklagte habe als Spediteur wegen ihrer Forderung ein gesetzliches Pfandrecht an der Ware, den S. zur Bestellung des Faustpfandes unter Ausstellung der wertlosen Accepte und deren Aushändigung an den Bankier veranlaßt. Hiernach ist die förmliche Mitwirkung und Teilnahme der Beklagten an dem Betruge, durch den der Klägerin der Besitz der Ware, den sie bis dahin gehabt hatte, gegen die Bestimmungen des von ihr mit S. geschlossenen Vertrages in arglistiger Weise entzogen wurde, festgestellt und diese Feststellung bildet die rechtliche Grundlage, um einen persönlichen Anspruch der Klägerin auf Rückerstattung der Ware gegenüber der Beklagten zu begründen. Gegen die so konstruierte Pflicht der Beklagten zur Rückerstattung würde selbst ein etwaiges Pfand- oder Retentionsrecht an der Sache nicht von Bedeutung sein. Nr. 3760.

Nr. 1866. I. Sen. 14. Juli 1894. I. 147. 94. Bd. 33, Nr. 31, S. 143.

Klage des Eigentümers von Wechseln gegen den Wechselbesitzer, der die Wechselforderungen im Konkurse des Wechselschuldners angemeldet hat, auf Abtretung der Konkursforderungen und Herausgabe der Wechsel. (Reichs- und preuß. R.). Der Kläger war im Besitze von drei Wechseln über 3000, 1300 und 3300 Mk., die von der Frau U. auf L. an eigene Ordre gezogen, von diesem acceptiert und von ihr in blanco giriert sind. Er hat diese Wechsel nach Verfall im Januar 1891 der U. zum Inkasso im Konkurse des Acceptanten übergeben, die U. aber hat den Wechsel über 1300 Mk. an R. veräußert und die Wechsel über 3000 und 3300 Mk. an Frau G. überlassen.

R. hat den Wechsel über 1300 Mk. mit seinem Blankogiro und einer Cession vom 31. Januar 1891 dem Beklagten zum Inkasso gegeben. Die Wechsel über 3000 und 3300 Mk., von denen der letztere am 26. Januar 1891 für den Kläger mangels Zahlung protestiert ist, hat die G. dem Beklagten für frühere Forderung desselben an sie im Betrage von etwa 1800 Mk. verpfändet und auf Verlangen des Beklagten ihm zwei Cessionen der U. auf ihn nebst den Wechseln übergeben. Der Beklagte hat die Wechsel im Konkurse des Acceptanten zur Anmeldung und Feststellung gebracht. Der Kläger verlangt als Eigentümer der Wechsel von ihm die Abtretung der Konkursforderungen und die Herausgabe der Wechsel. Der erste Richter hat die Entscheidung von einem Eide des Beklagten abhängig gemacht, daß er die Wechsel nicht von der U. mit der Mitteilung, daß sie sie für den Kläger einziehen sollte, erhalten habe. Der Berufungsrichter hat den Beklagten zur Herausgabe des Wechsels über 3300 Mk. verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Auf die Revision des Klägers ist der Beklagte auch zur Herausgabe des Wechsels über 3000 Mk. verurteilt, im übrigen das Berufungsurteil aufrecht erhalten. Der Berufungsrichter stellt fest, daß der Kläger die drei streitigen Wechsel im Januar 1891 der Frau U. zum Inkasso übergeben hat und damals der wechselrechtlich legitimierte Eigentümer der Wechsel war. Diese Feststellung ist nicht angegriffen. Die erhobene Eigentumsklage ist danach und nach Art. 74 W.O. gegen den unstreitig im Besitze der Wechsel befindlichen Beklagten begründet, wenn der Beklagte nicht beweist, daß er das Eigentum der Wechsel nach Wechselrecht oder doch den Besitz der Wechsel von einer wechselrechtlich legitimierten Person mit Wirkung gegen den Kläger erworben hat, oder wenn der Kläger beweist, daß der Beklagte den Besitz in bösem Glauben oder unter grober Fahrlässigkeit erworben hat. Das Berufungsurteil weist die Klage bezüglich der Wechsel über 1300 und 3000 Mk. ab, weil der Beklagte sie von einer wechselrechtlich legitimierten Person erworben habe und weder böser Glaube noch grobe Fahrlässigkeit dabei erwiesen sei, verurteilt den Beklagten dagegen bezüglich des Wechsels über 3300 Mk., weil der Beklagte diesen Wechsel von einer wechselrechtlich nicht legitimierten Person erworben habe. 1. Die Revision des Klägers betrifft die Entscheidung über die beiden Wechsel über 1300 und 3000 Mk. Den Wechsel über 1300 Mk. hat der Beklagte, wie er behauptet hat und der Berufungsrichter feststellt, durch R. mit dessen Blankogiro und der Cession vom 31. Januar 1891 zum Inkasso für R. erhalten. R. hat dies und daß er den Wechsel von der Frau U. erworben habe, bestätigt und bekundet, daß er den Wechsel schon vor dessen Verfalltage, dem 21. November 1890, erworben zu haben glaube. Nach der Feststellung des Berufungsrichters, daß der Kläger den Wechsel am 22. Januar 1891 der U. zum Inkasso gegeben, ist dies ausgeschlossen, und nur möglich, daß R. den Wechsel nach dem 22. Januar 1891 von der U. erworben hat. Es kommt darauf indessen nicht an. Denn die U. war durch den Besitz des Wechsels und ihr eigenes Blankoindossament noch nach dem Verfalle des Wechsels zur Begebung des Wechsels an R. unter Benutzung des Blankoindossaments wechselrechtlich befugt. Nur für den verfallenen und protestierten Wechsel ist dies gegen die Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts vom Reichsgericht verneint. Nr. 1272. Hat danach R. wechselrechtlich das Eigentum des Wechsels erworben, wenn er nicht in bösem Glauben war oder grob fahrlässig handelte, so ist auch der Beklagte durch das Blankogiro und die Cession des R. wechselrechtlich und civilrechtlich legitimierter Besitzer. Dafür, daß R. den Wechsel mala fide oder grob fahrlässig erworben habe, hat der Kläger nichts vorgebracht. Alles, was er vorgebracht hat, bezieht sich auf die mala fides des Beklagten bei dem Erwerbe von der G. und der U. Darauf, daß der Beklagte zugiebt, daß seine Legitimation gegenüber dem R. nur eine formelle ist, insofern er Eigentumsindossament und Cession zum Inkasso erhalten hat, kommt es gegenüber dem Kläger rechtlich nicht an ebensowenig wie darauf, daß R. sich auf die Streitverkündung seitens des Beklagten nicht eingelassen hat. Der Beklagte ist befugt, sein formelles Recht gegenüber dem Kläger so lange geltend zu machen, als gegen-

über ihm selbst oder gegenüber dem R. nicht der Mangel des materiellen Rechts in der Person des R. dargethan ist. An solchem Nachweise fehlt es ganz. Die Rüge der Revision, daß R. nicht beeidigt worden, obwohl er Rechtsvorgänger des Beklagten sei, ist bedeutungslos, selbst wenn sie begründet wäre, weil damit der Mangel jedes Vorbringens bezüglich der mala fides des R. nicht beseitigt werden würde. Bezüglich dieses Wechsels ist die Klage danach mit Recht abgewiesen und die Revision unbegründet. Bezüglich des Wechsels über 3000 Mk., der am 23. Oktober 1890 fällig war, das Blankoindossament der U. trägt und am 28. Januar 1891 von der U. an den Beklagten cediert ist, behauptet der Beklagte, daß er ihn von der G. zur Sicherheit für Forderungen an die G. erhalten habe. Daß ihm solche Forderungrn gegen die G. im Betrage von weit mehr als 3000 Mk. bei Hingabe des Wechsels zustanden und noch zustehen, ist vom Berufungsrichter ohne prozessualen Verstoß ebenso festgestellt wie daß der Wechsel dem Beklagten zu Pfande gegeben ist. Dagegen sind auch keine Angriffe erhoben. Die G. war durch das Blankogiro der U. legitimierte Wechseleigentümerin. Aber das Verhalten des Beklagten beweist, daß er ihrer materiellen Berechtigung oder wechselrechtlichen Legitimation nicht getraut hat. Denn ohne dies würde er sich die Cession vom 28. Januar 1891 durch die U. als die Blankoindossantin nicht haben erteilen lassen. Diese Cession stellt die Sache rechtlich so dar, als ob die U. den Wechsel direkt dem Beklagten zum Eigentum in securitatem für fremde Schuld übertragen hat. Auf die Legitimation durch das Blankogiro der U. auf die G. kann sich der Beklagte nicht berufen, weil er nach seiner eigenen Darstellung den Wechsel auf Grund dieses Blankogiros und der Legitimation der G. durch dasselbe nicht hat erwerben wollen und nicht erworben, sondern ihn der G. zum Zwecke der Beschaffung der Cession der U. zurückgegeben und mit dieser Cession zurückerhalten hat. Kann aber der Beklagte seine Legitimation nur auf die Cession der U. stützen, so ist die Vindikation dieses Wechsels begründet. Nach der Feststellung des Berufungsrichters war die U. nicht Eigentümerin des Wechsels. Der Cessionar erwirbt die Wechselforderung und mit ihr das Wechseleigentum nur aus dem Rechte seines Auktors, des Cedenten, d. h. die Rechte des Cedenten aus dem Wechsel, nicht wie der Indossatar kraft des Indossaments (Art. 10 W.O.) das Recht aus dem Wechsel nach Maßgabe des Inhalts der Wechselurkunde und das Eigentum des Wechsels als eigenes Recht. Da die Art. 10, 14 W.O. auf den Cessionar nicht Anwendung finden, kann er die Wechselforderung nur so weit geltend machen, als sie seinem Cedenten zustand, und muß sich abweichend von Art. 82 W.O. alle Einreden entgegensetzen lassen, die gegen seinen Cedenten bestehen. Daraus folgt rechtlich zugleich mit Notwendigkeit, daß auch die Art. 36, 74 W.O. auf den Cessionar keine Anwendung finden, daß er sich für seine Person auf die Präsumtion der Art. 17, 36, 74 W.O. für das Eigentum des wechselrechtlich legitimierten Besitzers nicht berufen kann. Nachdem im vorliegenden Falle diese Präsumtion für das Eigentum der Cedentin des Beklagten durch den Nachweis, daß der Kläger Eigentümer des Wechsels war, als der Beklagte den Wechsel von der U. erhielt, beseitigt ist, kann der Beklagte nur die Rechte an dem Wechsel geltend machen, die dem redlichen Besitzer auch gegen den wahren Eigentümer zustehen. Der Art 306 H.G.B., auf den sich der Revisionsbeklagte beruft, findet schon deshalb keine Anwendung, weil die U. nicht Kaufmann war. Über die Rechte des redlichen Besitzers enthält die W.O. keine Vorschriften. Der Art. 74 W.O. regelt nicht die ganze Lehre von der Wechselvindikation und besagt nicht, daß die Vindikation des Wechsels unbedingt gegen den stattfindet, der den Wechsel nicht durch einen Wechselakt, sondern durch einen civilrechtlichen Akt der Eigentumsübertragung erworben hat. Er schließt nur die Vindikation des Wechsels gegen den wechselrechtlich Legitimierten aus, der nicht in bösem Glauben und grob fahrlässig erworben hat. Im übrigen richtet sich die Vindikation nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Nach den hier zur Anwendung kommenden Vorschriften des preußischen Rechts (§§ 24 ff. I. 15; §§ 80 ff. 91, I. 20 A.L.R. hat der redliche

Erwerber die vom Nichteigentümer erworbene Sache gegen Erstattung dessen herauszugeben, was er für die Sache gegeben oder geleistet hat. Der Beklagte hat aber für den Wechsel nach seinem eigenen Vertrage nichts gegeben oder geleistet. Er hat deshalb den Wechsel und die Wechselforderung herauszugeben, ohne daß es auf die Untersuchung ankommt, ob er ihn in bösem Glauben oder grob fahrlässig erworben hat. 2. Aus vorstehendem ergiebt sich zugleich die Entscheidung bezüglich des Wechsels über 3300 Mk. Der Berufungsrichter hat den Beklagten zur Herausgabe dieses Wechsels verurteilt, weil er nicht gemäß Art. 36 W.O. legitimierter Wechselbesitzer sei. Davon ist richtig, daß die G. durch den Besitz des für den Kläger protestierten Wechsels zur Eigentumsübertragung oder Verpfändung des Wechsels nicht legitimiert war, da sie nicht im Wechselverbande stand und deshalb, selbst wenn sie den Wechsel im Regreßwege eingelöst hätte, was nicht der Fall ist, ohne Giro des Klägers nicht legitimiert war. Nr. 1272. Aber der Beklagte hat nicht nur die rechtlich unwirksame Übergabe des Wechsels nebst Protest durch die G., sondern die Cession durch die U. auf Grund des protestierten Wechsels für sich. Damit liegt die Sache rechtlich auch hier so, als ob die U. dem Beklagten die Wechselforderung zur Sicherheit für fremde Schuld in securitatem cediert und zu diesem Zwecke den Wechsel zum Eigentum übergeben hätte; und die U. war, weil sie als Ausstellerin und erste Indossantin im Wechselverbande stand und der Besitz des Wechsels und des Protestes dafür sprach, daß sie den Wechsel im Regreßwege eingelöst hatte, nach Art. 48, 55 W.O. wechselrechtlich legitimiert, das Recht aus dem Wechsel geltend zu machen oder es durch Cession nebst dem Eigentum an dem Wechsel zu übertragen, wie die Anschlußrevision mit Recht ausführt. Im Ergebnisse ist die Entscheidung des Berufungsrichters aber aus den unter 1 bezüglich des Wechsels über 3000 Mk. entwickelten Gründen richtig. Kann sich der Beklagte nur auf seine Legitimation durch die Cession der U. berufen, so kann er, nachdem das Eigentum des Klägers an dem Wechsel festgestellt ist, auch hier nur die Rechte des redlichen Besitzers geltend machen und muß den Wechsel und die Wechselforderung herausgeben. da er dafür nichts gegeben oder geleistet hat. Die Anschließung an die Revision ist danach unbegründet.

Nr. 1867. VI. Sen. 18. November 1889. VI. 226. 89. Bd. 25, Nr. 28, S. 130.

Bereicherungsklage. Umfang der Haftung des gutgläubigen Besitzers einer fremden Sache gegenüber ihrem früheren Eigentümer wegen Bereicherung. Beweislast. (Gem. R.). Das Reichsgericht tritt nicht der herrschenden Ansicht bei, wonach gegenüber der condictio sine causa der frühere gutgläubige Besitzer gegebenen Falles unbedingt auf den von ihm für die von ihm weiter veräußerte Sache erzielten Kaufpreis haften würde, auch wenn derselbe den wahren Wert der fraglichen Sache im Augenblicke des Verkaufes übersteigen sollte, sondern läßt als Einrede die Behauptung zu, daß die Sache zu diesem Zeitpunkte einen geringeren Wert gehabt habe. Zwar kann diese Ansicht nicht mit der l. 49 Dig. de neg. gest. 3, 5 vereinigt werden. Sobald der Verkauf der Sache unter den Gesichtspunkt einer freiwilligen Geschäftsführung des redlichen Besitzers für den Eigentümer gebracht wird, versteht es sich von selbst, daß der Letztere einen Anspruch auf den Erlös als solchen hat. Aber es muß auch angenommen werden, daß hier eine Antinomie im römischen Rechte vorliegt, wenn die l. 23 Dig. de R. C. 12, 1 statt der actio negotiorum gestorum vielmehr eine condictio, offenbar die condictio sine causa, als die zu Gebote stehende Klage nennt, und daß bei diesem Widerstreite die Auffassung der l. 23 a. a. O. den Vorzug verdient, da der gutgläubige Besitzer beim Verkaufe der Sache sicher nicht die Absicht hat, die Geschäfte des Eigentümers zu besorgen, und da zudem für nahe verwandte Fälle zweifellos nicht die actio negotiorum gestorum, sondern die condictio sine causa die gegebene Klage ist (vergl. z. B. l. 18 pr. Dig. de reb. cr. 12, 1 und l. 30 pr. Dig. de act. emti vend. 19, 1). Ist nun der Gesichtspunkt der freiwilligen Geschäftsführung ausgeschlossen, so

fehlt es an jedem inneren Grunde, weshalb der frühere Eigentümer dem gutgläubigen Besitzer jemals mehr als den Wert solle abverlangen dürfen, welchen die Sache in dem Augenblicke hatte, wo der Letztere durch Aufgeben des Besitzes von der Verpflichtung, sie selbst herauszugeben, frei wurde. Insoweit, als der Wert beim Besitzer zurückgeblieben und nicht etwa auf Aufwendungen desselben zurückzuführen ist, erscheint der Besitzer als grundlos aus dem Vermögen des früheren Eigentümers bereichert; aber mehr als dieser Wert ist ja aus dem Vermögen des Letzteren nicht herausgegangen. Daß auf die Erbschaftsklage der beklagte bonae fidei possessor auch den etwaigen Mehrbetrag des Kaufpreises, insofern er durch denselben zur Zeit des Prozeßanfanges noch bereichert war, herausgeben muß (l. 22. 28 Dig. de her. pet. 5, 3) könnte nicht als Gegenargument verwertet werden, denn dies erklärt sich daraus, daß dort ein Vermögen als Ganzes den Gegenstand des Anspruches bildet. Es erscheint richtiger, aus l. 23 Dig. de reb. cr. 12, 1, c. 1 Cod. de reb. alien. 4, 51 und l. 17 pr. Dig. de rei vind. 6, 1 nur die Regel zu entnehmen, welche in zweien von drei möglichen Fällen zutrifft, nämlich wenn der erzielte Kaufpreis dem wahren augenblicklichen Sachwerte gleich, und wenn er geringer als dieser Wert war, und für den dritten möglichen Fall, nämlich wo der Kaufpreis den wahren Wert überstieg, eine Ausnahme zuzulassen. Nach dieser Auffassung ist aus den angeführten drei Stellen eine Rechtsvermutung in dem Sinne abzuleiten, daß der vom Beklagten erzielte Kaufpreis dem wahren damaligen Sachwerte entsprochen habe. Danach regelt sich die Beweislast.

Nr. 1868. I. Sen. 8. Dezember 1880. I. 402. 80. Bd. 3, Nr. 56, S. 201.

Haftung des Vindikationsbeklagten für entgangenen Gewinn. (Gem. R.). Zur Begründung des Anspruches auf Ersatz des dem Kläger angeblich durch die Vorenthaltung der Sache entgangenen Gewinnes genügt nicht, daß der Vindikationskläger die nur als Besitzer, nicht auf Grund eines obligatorischen Verhältnisses belangten Beklagten durch Aufforderung zur Herausgabe in Verzug gesetzt hat, vielmehr hängt der Umfang der Nebenforderungen des Vindikationsklägers davon ab, ob der Vindikationsbeklagte redlicher oder unredlicher Besitzer ist. War der Beklagte redlicher Besitzer, so kann der Kläger nicht Ersatz des vor der Zustellung der Klage ihm entgangenen Gewinnes fordern und es kann unerörtert bleiben, ob, wie von namhaften Rechtslehrern behauptet wird, ein solcher Anspruch selbst gegen den unredlichen Besitzer vor dem Prozesse nicht begründet ist.

Nr. 1869. V. Sen. 21. April 1894. V. 216. 93. Bd. 33, Nr. 59, S. 260.

Klage des Eigentümers gegen den redlichen Besitzer auf Vergütung für fructus percipiendi, nachdem dem Kläger Vergütung für fructus percepti zugesprochen ist. §§ 223, 229, I. 7 A.L.R. (Preuß. R.). Nachdem der Kläger im Vorprozesse (Nr. 1788) die Vergütung der vom Beklagten thatsächlich genossenen Nutzungen gefordert hat, beansprucht er jetzt als Eigentümer der Grundstücke vom Beklagten als deren unredlichem Besitzer die Vergütung derjenigen Nutzungen, die er von den Grundstücken wirtschaftlich hätte genießen können, zu dem Betrage, um den der Wert dieser Nutznngen die ihm im Vorprozesse zugesprochene Vergütung der vom Beklagten gezogenen Nutzungen übersteigt. Da den Gegenstand der Entscheidung im Vorprozesse auf Klage und Widerklage lediglich die vom Beklagten gezogenen Nutzungen gebildet haben, so stehen diese Entscheidungen aus dem Gesichtspunkte der Einrede der res judicate dem Anspruche des Klägers auf Vergütung der zu ziehenden Früchte nicht entgegen. Die thatsächliche Voraussetzung, an die im § 229, I. 7 A.L.R. der Anspruch auf die zu ziehenden Früchte gebunden wird, ist in der Feststellung anzutreffen, wonach der Beklagte, als er dem Kläger die Herausgabe der Grundstücke verweigerte, gewußt hat, daß die Grundstücke, die er als eigen besaß, dem Kläger gehören. Zweifelhaft ist dagegen, ob und inwieweit der Kläger

befugt sei, Vergütung der zu ziehenden Früchte zu verlangen, nachdem ihm bereits die vom Beklagten gezogenen Früchte zugesprochen sind. Das A.L.R. stellt zwei Systeme auf, nach denen der Eigentümer gegen den unredlichen Besitzer seinen Anspruch auf Vergütung der ihm vorenthaltenen Nutzungen berechnen kann. Nach § 223, I. 7 A.L.R. muß der unredliche Besitzer die Sache mit allen vorhandenen Früchten und Nutzungen zurückgeben und diejenigen, die er während seines unredlichen Besitzes genossen hat, vergüten. Hier wird der Erstattungspflicht des unredlichen Besitzers die von diesem thatsächlich geübte Benutzung der Sache zu Grunde gelegt und dessen Verpflichtung auf die Herausgabe bezw. Vergütung der wirklich gezogenen Früchte beschränkt. Im § 229, I. 7. A.L.R. wird die Erstattungspflicht dessen, der weiß, daß die Sache, die er als eigene besitzt, einem Anderen zugehöre, also des „eigentlich unredlichen Besitzers" (§ 241 a. a. O.), dahin gesteigert, daß er „auch diejenigen Früchte und Nutzungen, die der rechtmäßige Eigentümer wirtschaftlich hätte genießen können", vergüten muß. Hier wird die Erstattungspflicht des unredlichen Besitzers nicht nach der wirklich von ihm geübten, sondern nach einer fingierten Benutzung bemessen, nach der, die der Eigentümer, wenn er im Besitze der Sache gewesen wäre und diese wirtschaftlich genutzt hätte, anwenden konnte. Wie sich aus den Worten im § 229 „auch diejenigen Früchte" u. s. w. ergiebt, hat der Eigentümer gegenüber dem eigentlich unredlichen Besitzer die Wahl, ob er seinen Erstattungsanspruch auf die thatsächliche Benutzung gründen oder ob er als Unterlage dafür die ihm vielleicht vorteilhaftere fingierte Benutzung vorziehen will. Der Ersatz gezogener und versäumter Früchte wird er für denselben Zeitraum nur selten fordern können, da in der Regel die eine Nutzungsart die andere ausschließen wird. Ein Grundstück z. B., das durch Verpachtung oder Verkauf genutzt ist, kann, außer vom Pächter oder Käufer, unmöglich gleichzeitig durch Fruchtziehung genutzt worden sein. Undenkbar ist es freilich nicht, daß ein Eigentümer in der Lage gewesen sei, neben den vom Besitzer gezogenen Nutzungen noch andere zu gewinnen. Abgesehen von solchem hier nicht in Betracht kommenden Falle kann der Eigentümer nur den Ersatz entweder der gezogenen oder der zu ziehenden Früchte von derselben Sache fordern. Die thatsächliche Unmöglichkeit des Nebeneinanderbestehens zweier einander ausschließenden Nutzungsarten führt notwendig zu dieser Beschränkung. Selbstverständlich darf jedoch, wenn die Herausgabe mehrerer Sachen in Frage steht, die Vergütung der Früchte bei den einzelnen Sachen nach dem einen oder dem anderen Systeme gefordert werden. Ebenso ist es nicht unstatthaft, beide Systeme so miteinander zu verbinden, daß in erster Linie die gezogenen Früchte und nur für den Fall des Nichtdurchdringens mit diesem Anspruche der Ersatz der versäumten Früchte verlangt wird oder umgekehrt; oder daß zur Rechtfertigung der Höhe des geltend gemachten Anspruchs beide Berechnungsarten herangezogen werden und schießlich der Anspruch auf diejenige gestützt wird, die dem Eigentümer nach dem Ergebnisse der Beweisverhandlungen günstiger ist. Ob im Laufe des Rechtsstreits der mit der Klage geltend gemachte Anspruch auf die gezogenen Früchte nachträglich auch auf die versäumten Früchte gerichtet werden darf, kann unerörtert bleiben; die Entscheidung im Vorprozesse, daß darin eine unzulässige Klagänderung gefunden werden müsse, ist rechtskräftig geworden. So oft durch die eine Nutzungsart die andere ausgeschlossen wird, geschieht dem Erstattungsanspruche des rechtmäßigen Eigentümers dadurch, daß die Klage auf der Grundlage der gewählten Benutzungsart durchdringt, volles Genüge, und es bleibt nichts übrig, was noch geltend gemacht werden könnte. Der Betrag der gezogenen Früchte bildet nicht etwa einen Teil des höheren Wertbetrages der versäumten Früchte, so daß die Nachforderung der Differenz beider gestattet wäre. Der Anspruch auf beiderlei Früchte ist der nämliche, nur darf er auf zwei verschiedene Berechnungsweisen gegründet werden. Soweit der Kläger mit der einen Berechnungsart zum Ziele gelangt, ist sein Anspruch befriedigt und für die Anwendung der anderen Berechnungsart ist kein Raum mehr. Dadurch, daß der Anspruch des Eigentümers auf zwei Begründungsweisen gestellt werden kann,

folgt nur, daß dem Kläger, soweit er mit der einen Begründung nicht obsiegt, der Weg mit der anderen Begründung gangbar bleibt. Hiernach kann der Kläger nicht nachträglich Nutzungen von den ihm vorenthaltenen Grundstücken als versäumte qualifizieren, die ihm bereits als gezogene zuerkannt worden sind. Dagegen ist ihm nicht verwehrt, Nutzungen als versäumte für diejenigen Grundstücke und Grundstücksteile und für diejenigen Zeitabschnitte zu verlangen, für die ihm gezogene Nutzungen noch nicht zugebilligt sind.

Nr. 1870. I. Sen. 6. Oktober 1883. I. 312. 83. Bd. 11, Nr. 67, S. 298.

Subsidiärer Anspruch des Eigentümers auf Wertserstattung für die entzogene Sache. (Preuß. R.). Der Eigentümer ist an Verfolgung des Anspruches auf Wertserstattung für die entzogene Sache gegen den Entziehenden dadurch nicht gehindert, daß er in der Lage ist, die unentgeltliche Herausgabe der Sache vom derzeitigen dritten Besitzer verlangen zu können. In früherer Zeit ist die bloße Subsidiarität des Anspruchs aus § 15, I. 15 A.L.R. behauptet, von dem preußischen Obertribunal ist indessen angenommen, daß für den Eigentümer das Recht auf Schadloshaltung durch Wertserstattung gegen den unredlichen Besitzer, der sich des Besitzes entäußert hat, neben dem Vindikationsrechte gegen den nunmehrigen Besitzer zur Wahl steht. Dem ist beizutreten. Das preußische Recht kennt den Vindikationsanspruch nur gegen den wirklichen Besitzer (§§ 11, 13, I. 15 A.L.R.), sieht dagegen in dem daneben statuierten Anspruche gegen denjenigen, welcher die Sache unredlich in Besitz genommen, aber sich ihrer wieder entäußert hat, einen Anspruch auf Schadensersatz aus einem Delikt (§§ 14, 15 a. a. O.). Das Gesetz sieht in der widerrechtlichen Ergreifung des fremden Eigentums eine unerlaubte Handlung, welche zum vollen Ersatze der dadurch bewirkten Vermögensverminderung führen soll, sofern der Ergreifer die Sache selbst nicht zurückgeben kann. In dem Begriffe des Schadensersatzes liegt es, daß er vom Ersatzpflichtigen nicht deshalb abgelehnt werden kann, weil der Verletzte auch noch Anderen gegenüber Mittel zur Ausgleichung des Verlustes habe. Der § 15, I. 15 A.L.R. ist nicht bloß auf den eigentlichen unredlichen Besitzer im Sinne des § 11, I. 7 A.L.R., sondern auch auf den vom Gesetze einem solchen nach den §§ 14, 15, I. 7 A.L.R. gleich geachteten Besitzer anzuwenden (§§ 2, 11, 20, 27, 33, I. 15 A.L.R.). Auch für das gemeine Recht gilt als Regel, daß mit der Vindikationsklage sowohl der wirkliche Besitzer wie auf die Ästimation der, qui dolo desiit possidere, verfolgt werden kann. Vergl. l. 20 § 21, l. 25 §§ 8—10 Dig. de hered. pet. 5, 3; l. 27 § 3 Dig. de rei vind. 6, 1. Vergl. § 304 des sächsischen B.G.B. Allerdings macht l. 13 § 14 Dig. de her. pet. 5, 3 eine Einschränkung für den Fall, daß der dritte Besitzer paratus sit judicium pati. Aber die darin zu findende Voraussetzung, daß der Eigentümer den wirklichen Besitzer ebenso bequem verfolgen kann, wie den fingierten, würde in einem Falle nicht zutreffen, in welchem der Eigentümer, statt den Bankier zu verfolgen, der selbst von einem Unbekannnten und zwar mutmaßlich dem Diebe oder einem Genossen desselben gekauft hat, denjenigen verfolgen sollte, der erst wieder von jenem bekannten Bankier gekauft hat.

Nr. 1871. III. Sen. 8. Februar 1889. III. 276. 88. Bd. 22, Nr. 44, S. 215.

Vindikation einer Lebensversicherungspolice. Retentionsrecht wegen Prämienvorlagen. (Gem. R.). Da nicht feststeht, wer nach Inhalt der fraglichen in London ausgestellten Police nach dem Ableben des Versicherungsnehmers zum Empfange der Versicherungssumme berechtigt ist, ob insbesondere die, rücksichtlich ihrer Form im Zweifel nach englischem Rechte zu beurteilende, Police die Inhaberklausel oder auch nur die Bestimmung enthält, daß die Versicherungsgesellschaft an jeden Präsentanten der Urkunde zu zahlen befugt sei, so kann höchstens davon ausgegangen werden, daß die Geltendmachung der Forderung aus dem Versicherungsvertrage an den Besitz der Po-

lice derart geknüpft ist, daß die Versicherungsgesellschaft ohne Übergabe der Urkunde zur Zahlung der versicherten Summe selbst an die sonst als Gläubiger legitimierten Rechtsnachfolger des Versicherungsnehmers nicht verpflichtet erscheint. Bei solchem Sachverhalte ist die streitige Police nicht die Trägerin des Obligationsverhältnisses zwischen dem Versicherten und dessen Rechtsnachfolgern einerseits und der Versicherungsgesellschaft andererseits, sondern nur eine Beweisurkunde von besonderer Beschaffenheit. Da sonach der Versicherungsanspruch in der Versicherungsurkunde (Police) nicht verkörpert ist, so kann auch in Ansehung der streitigen (vom Beklagten, welcher die Police vom Erblasser der Kläger nicht zur Aufbewahrung, sondern zur Sicherheit wegen der von ihm übernommenen Prämienzahlungen ausgehändigt erhalten haben will, gemachten) Prämienvorlagen von einer Verwendung auf die Sache selbst im eigentlichen Sinne des Wortes nicht die Rede sein. Allein dies schließt weder die Vindikation der Police aus, da auch Urkunden als körperliche Sachen der Eigentumsklage unterliegen (l. 3 Dig. testam. quemadm. 29, 3), noch ein Retentionsrecht an dieser Urkunde, sei es überhaupt, sei es insbesondere wegen Verwendungen in Beziehung auf dieselbe. Gerade Letzteres trifft bei der hier streitigen Police zu. Die Kläger können sich dem Ersatze der Aufwendungen, die der Beklagte zur Abwendung des Verlustes des Versicherungsanspruches im Interesse der Empfangsberechtigten gemacht hat, nicht entziehen. Die Konnexität von Anspruch und Gegenanspruch ist von selbst gegeben. Der Beklagte hat die Einrede der Arglist, wenn die Eigentümer die Herausgabe ohne Erstattung der zur Aufrechterhaltung des Versicherungsanspruches gemachten Aufwendungen verlangen (l. 23 § 4 Dig. de rei vind. 6, 1).

Nr. 1872. V. Sen. 2. Juni 1888. V. 84. 88. Bd. 21, Nr. 49, S. 270.

Erlöschende Verjährung der Vindikationsklage. (Preuß. R.). Es ist zwar im Gebiete des preußischen A.L.R. bezweifelt worden, ob ohne gleichzeitige Ersitzung des Eigentumes eine erlöschende Verjährung der Vindikationsklage anzuerkennen sei. Aber die Gründe reichen nicht aus, um eine Unverjährbarkeit der Vindikation anzunehmen. Es mag zugegeben werden, daß eine folgerichtige Durchführung des landrechtlichen Institutes der erlöschenden Verjährung zu einer Ausschließung der Verjährung der Vindikationsklage geführt haben würde. Dabei müßte aber der Vorbehalt gemacht werden: wenn den damaligen Gesetzgebern schon der heutige rechtswissenschaftliche Begriff der Klage, als eines nicht selbständigen Rechtes für sich, sondern als eines Ausflusses des ihr zu Grunde liegenden dinglichen oder persönlichen Rechtes, geläufig gewesen wäre. Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu, sondern es ist nach dem damaligen Standpunkte der Rechtswissenschaft erklärlich, wenn neben der im § 76 Einl. A.L.R. hervortretenden richtigeren Anschauung die Vorstellung wirksam blieb, daß das Klagrecht ein zwar mit der zu Grunde liegenden Berechtigung verbundenes, aber doch mehr oder weniger selbständiges Nebenrecht darstelle. Daraus erklärt sich die Bestimmung des § 504, I. 9 A.L.R., daß Rechte des Eigentumes durch die Gebrauchsunterlassung nicht erlöschen, solange die Sache sich in dem Besitze des Eigentümers befindet, welche von jeher mit gutem Grunde dahin aufgefaßt ist, daß, sobald der Besitz nicht mehr beim Eigentümer ist, die Eigentumsrechte und darunter auch die Eigentumsklage durch Nichtgebrauch erlöschen können. Von dieser auch von der Gesetzgebung durch den § 7 Abs. 2 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 angeordneten ausdrücklich den Ausschluß der Verjährungseinrede gegen die Eigentumsklage des eingetragenen Eigentümers berücksichtigenden Auslegung des § 504 a. a. O. abzuweichen, liegt keine Veranlassung vor.

Nr. 1873. V. Sen. 10. Oktober 1896. V. 92. 96. Bd. 38, Nr. 72, S. 263.

Maßgebender Zeitpunkt für den redlichen Glauben des Vindikationsbeklagten. § 25, I. 15 A.L.R. (Preuß. R.). Die Handlung Gebr. M. hatte im Jahre 1892 23 holländische Kuhkälber an den Besitzvorgänger des Beklagten, Rittergutsbesitzer D.

in S., verkauft und übergeben unter Vorbehalt des Eigentums bis zur Zahlung des Kaufpreises. Sie hatte ihre Rechte aus diesem Geschäfte an den Kläger P. abgetreten. Der Kaufpreis für die an D. verkauften Kälber war zum Teil noch unbezahlt. Durch Vertrag vom 11. Juni 1894 verkaufte D. das Gut, auf dem sich die inzwischen zu Kühen herangewachsenen 23 Kälber thatsächlich als Inventar befanden, an den Beklagten. Die Übergabe wurde dadurch vollzogen, daß D. als Pächter des Beklagten im Besitze des „mit allem lebenden und toten Inventar" verkauften Gutes verblieb. Die Auflassung erfolgte am 31. Oktober 1894. Kurz vor der Auflassung war dem vom Beklagten zur Entgegennahme der Auflassung Bevollmächtigten im Auftrage des Klägers P. von dem in betreff der 23 Kühe bestehenden Eigentumsvorbehalt Mitteilung gemacht worden. Der Beklagte erkannte den auf jenen Vorbehalt gestützten Eigentumsanspruch des Klägers P. nicht an und machte dagegen eventuell die Rechte des redlichen Besitzers und Erwerbers geltend, insbesondere das Recht auf Ersatz eines verhältnismäßigen Teiles des Kaufpreises. Das Berufungsgericht hat unter Verwerfung dieses Einwandes den Beklagten zur Herausgabe der Kühe an den Kläger P. unbedingt verurteilt. Die Revision ist insoweit zurückgewiesen. Bei Beurteilung des auf die §§ 25, 26, I. 15 A.L.R. gestützten Anspruches auf Erstattung eines verhältnismäßigen Teiles des Kaufpreises geht der Berufungsrichter davon aus, daß, da der Eigentumsübergang an Grundstücken und deren Pertinenzien sich gesetzlich nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung im Grundbuche vollzieht, derjenige, der das Grundstück vor der Auflassung übergeben erhalten hat, dadurch nicht den redlichen, sondern (höchstens) den unrechtfertigen Besitz an dem Grundstücke und seinen Inventarstücken erwerben könne, also auch der Beklagte durch den Kauf und die durch constitutum possessorium erfolgte Gutsübergabe nicht redlicher, sondern nur unrechtfertiger Besitzer geworden sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Auffassung von der Natur des durch Übergabe auf Grund eines rechtsgültigen Veräußerungsvertrages erlangten Besitzes eines Grundstückes in der Zeit bis zur Auflassung zutreffend ist und durch das von dem Berufungsrichter in Bezug genommene Urteil im Falle Nr. 1788, dem ein erheblich anderer Thatbestand (es handelte sich dort um formungültige Verträge) zu Grunde lag, gerechtfertigt wird. Denn für den guten oder schlechten Glauben desjenigen, der eine dem Veräußerer nicht gehörige Sache durch einen lästigen Vertrag „an sich gebracht" hat (§ 25 a. a. O.) kann im Sinne des Gesetzes nur ein, und zwar derjenige Zeitpunkt maßgebend sein, in welchem sich der durch den Vertrag beabsichtigte Erwerb vollzieht. Das war früher in allen Fällen die Übergabe des veräußerten Gegenstandes und ist es noch bei beweglichen Sachen, während es bei unbeweglichen Sachen und deren (wenn auch beweglichem) Zubehör zur Übertragung des Eigentums der Auflassung bedarf (§ 1 E.E.G.). Die bezüglichen Vorschriften der §§ 25 ff. I. 15 A.L.R. sollen den redlichen Erwerb schützen, indem sie die Vindikation gegen denjenigen, der eine Sache von einer unverdächtigen Person durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht, von der Erstattung alles dessen, was der Erwerber dafür gegeben oder geleistet hat, also beim Kauf von Erstattung des Kaufpreises, abhängig machen. Da nun aber der Kaufpreis die Gegenleistung für die Abtretung des Eigentums ist (§ 1, I. 11 A.L.R.), so kann im Falle eines Kaufes oder eines anderen auf Erlangung des Eigentums gerichteten lästigen Vertrages unter dem „Ansichbringen" im Sinne des § 25, I. 15 A.L.R. nur derjenige Akt verstanden werden, wodurch das Eigentum übertragen und dadurch der Vertrag von seiten des Veräußerers erfüllt wird. Das ist aber bei Grundstücken jetzt die Auflassung. Als die Auflassung des Gutes S. an den Beklagten erfolgte, hatte der vom Beklagten zur Entgegennahme der Auflassung bevollmächtigte Rechtsanwalt R. von dem Eigentumsvorbehalte der Gebr. M. Kenntnis. Das genügte, um den redlichen Erwerb des Beklagten in Ansehung der streitigen Kühe auszuschließen Nr. 862. Nr. 3449.

Nr. 1874. V. Sen. 15. November 1893. V. 186. 93. Bd. 32, Nr. 57, S. 234.

Rechtsstellung des gutgläubigen Pfandbesitzers gegenüber dem Eigentümer der Pfandsache. § 80, I. 20; § 26, I. 15 A.L.R. (Preuß. R.). Der verstorbene Kaufmann T. hat das auf den Namen des S. lautende streitige Sparkassenbuch, welches er nach dem Vorbringen der Klägerin von ihrem Cedenten S. zur Sicherheit für ein Darlehen von 1000 Mk., jedoch ohne formell gültige Verpfändung erhalten hatte, der für Rechnung der beklagten Stadtgemeinde verwalteten Sparkasse als Unterpfand für ein von dieser erhaltenes Darlehen von 2000 Mk. übergeben. Der Berufungsrichter hat zu Gunsten der Klägerin angenommen, daß zur Gültigkeit der Verpfändung außer der Übergabe des Sparkassenbuches eine schriftliche Verpfändungserklärung erforderlich sei. Er hat eine formgültige Verpfändung von S. an T. nicht angenommen, wohl aber von T. an die Beklagte. Er hat aber diese Verpfändung zur Entstehung eines wirksamen Pfandrechts nicht für geeignet erachtet, weil das Sparkassenbuch weder Eigentum des T. war noch kraft Bewilligung des Eigentümers zu dessen Verfügung stand. Er hat die Beklagte deshalb zur Herausgabe des Sparkassenbuches, aber gemäß § 80, I. 20; § 25, I. 15 A.L.R. nur gegen Entrichtung dessen, was sie dem T. wirklich darauf gegeben, verurteilt. Das angefochtene Urteil ist auf die Revision der Klägerin aufgehoben und das erste Urteil, wonach die Beklagte unbedingt verurteilt war, wiederhergestellt. Die §§ 25, 26, I. 15 A.L.R. beziehen sich nur auf den Fall des Erwerbes einer Sache von einem Nichteigentümer, der sich fälschlich für den Eigentümer ausgegeben hat. Der Grund hierfür ist der, daß sie nach der ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers den Zweck verfolgen, die Gefährdung der Zuverlässigkeit und Lebhaftigkeit des bürgerlichen Verkehres zu beseitigen, welche mit dem Festhalten an den römischrechtlichen auf unbedingten Schutz des Eigentums abzielenden Rechtsregeln über die Vindikation verbunden gewesen wäre, insofern nach römischem Recht der Besitzer einer Sache nicht durch gutgläubigen Erwerb, sondern erst durch den schwierigen Nachweis, daß sein Autor Eigentümer war, gegen die Eigentumsklage geschützt wurde. Daraus folgt, daß das Einlösungsrecht aus § 26 a. a. O. nur demjenigen Erwerber einer Sache zusteht, welcher sich bei dem Erwerbsakte in einem entschuldbaren Irrtum über das Eigentum seines Autors befindet. Dieser Schutz des gutgläubigen Erwerbers wird durch § 80, I. 20 A.L.R. dem gutgläubigen Erwerber eines Faustpfandrechts in demselben Umfange gewährt. Damit hat das A.L.R. den Rechtsgrundsatz sanktioniert, daß der, welcher in dem guten Glauben, sein Autor sei Eigentümer und verfüge als solcher über die Sache, den Eigentums- oder Pfandbesitz daran erwirbt, dem wirklichen Eigentümer nur gegen Erstattung dessen, was er für den Erwerb gegeben hat, zu weichen braucht. Hiernach genießt derjenige, welcher *weiß*, daß ihm eine *fremde* Sache zum Faustpfande gegeben wird, sich aber in einem Irrtum über die *Legitimation* des Verpfänders als Vertreters des Eigentümers befindet, nicht den Schutz, den die angeführten Gesetze nur bei einem Irrtum über das Eigentum des Verpfänders an der Pfandsache dem Gläubiger gewähren. Schützt das Gesetz aber bloß den Irrtum über das Eigentum, so folgt daraus in gleicher Weise, daß auch der Pfandgläubiger, der sich in betreff der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis des Verpfänders über eine wissentlich fremde Sache im Irrtume befindet, diesen Schutz nicht genießt. So liegt die Sache hier. Die Kontrahenten wußten oder mußten wissen, daß das der städtischen Sparkasse zum Faustpfande gegebene Sparkassenbuch dem S., auf dessen Namen es lautete, und nicht dem Verpfänder T. gehörte. Der Irrtum der Beklagten bezog sich also nicht auf das Eigentum an der Pfandsache, sondern auf die Befugnis des T., sie zum Faustpfande zu bestellen. Dieser Irrtum wird nicht durch § 80, I. 20 A.L.R. geschützt und gewährt der Beklagten nicht das durch § 26, I. 15 A.L.R. begründete Einlösungsrecht. Die besondere Eigenschaft der Pfandsache als Sparkassenbuch ändert nichts an der Anwendung der obigen Grundsätze, da Sparkassenbücher nicht zu den Inhaberpapieren gehören. Auch wenn die Sparkasse nach ihren Statuten berechtigt ist, jedem Inhaber des Sparkassenbuches

ohne Legitimationsprüfung die Sparsumme auszuzahlen, erlangt dadurch das Sparkassenbuch nicht die Natur eines Inhaberpapiers; die Bestimmung gewährt vielmehr den Sparkassenbeamten nur insofern eine Erleichterung, als sie in ihrem gewöhnlichen Kassengeschäfte nicht verpflichtet sind, die Legitimation des Buchinhabers zu prüfen, sich nicht ersatzpflichtig machen, wenn sie an eine nicht legitimierte Person zahlen. Eine Ausdehnung dieser Ausnahmebestimmung auf andere Fälle wie z. B. die hier vorliegende Inpfandnahme eines Sparkassenbuches ist nicht zulässig. Es fällt hiernach die Anwendung der §§ 80, I. 20; §§ 25, 26, I. 15 A.L.R. fort.

Nr. 1875. VI. Sen. 21. März 1892. VI. 314. 91. Bd. 29, Nr. 28, S. 106.

Vertragseinrede gegenüber der Eigentumsklage, elidiert durch die Replik der Unsittlichkeit. (Gem. R.). Der Kläger hat dem verstorbenen Ehemanne und Erblasser der Beklagten ein Haus nebst Inventar für 125000 Mk. verkauft und es sodann dem Käufer übergeben. Da jedoch die Beklagte, nachdem sie Erbin ihres Mannes geworden war, mit den im Vertrage bedungenen Abzahlungen vom Kaufpreise im Rückstande blieb, so hat der Kläger, unter Hinweis auf die im Vertrage enthaltene hierauf bezügliche Verfallklausel, die Beklagte darauf belangt, daß sie sein Eigentum an dem Hause nebst Inventar anerkenne und das Haus unter Zurücklassung des Inventars räume. Die Beklagte wendete ein, daß der Kaufvertrag in Wirklichkeit nicht nur das Haus nebst Inventar, sondern auch das in dem ersteren betriebene Bordellgeschäft zum Gegenstande gehabt habe und deshalb als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sei, so daß auch auf die Verfallklausel des Vertrages keine Klage gestützt werden könne. Das Landgericht hat diese Einrede verworfen. Das Berufungsgericht hat dagegen den Grund der erwähnten Einrede thatsächlich als richtig anerkannt, sie auch rechtlich für durchgreifend gehalten und daher die Klage abgewiesen. Der Kläger hat nunmehr diese Abweisung in Ansehung des streitigen H a u s e s mit Grund als rechtsirrig angefochten. Die Klage war, Einreden vorbehalten, an sich liquid. Der Kläger hat sie im weiteren Laufe der Verhandlungen, insofern sie sich auf sein Eigentumsrecht stütze, als negatorische Klage bezeichnet, während sie wohl richtiger als rei vindicatio aufgefaßt wird; doch ist dies für das Ergebnis gleichgültig. Der Hinweis in der Klagschrift auf die Verfallklausel im Vertrage hatte vom Standpunkte der Eigentumsklage aus die Natur einer anticipierten Replik. Denn dieser Klage gegenüber hatte der Kläger zunächst die Einrede aus dem von ihm selbst vorgelegten Kaufvertrage zu erwarten, insofern er sich darin verpflichtet hatte, das Grundstück dem Käufer schon vor der Umschreibung zu übergeben und ihn bis auf Weiteres im Besitze des Grundstückes zu belassen, also die Einrede aus seiner persönlichen Verbindlichkeit nach Maßgabe von l. 1 § 5 Dig. de exc. rei vend. 21, 3 und l. 49 Dig. mand. 17, 1, bezw. l. 12 Dig. de vi 43, 16, die man etwa exceptio rei venditae oder auch, insofern nach dem Vertrage das Grundstück einstweilen nur als gemietet gelten sollte, exceptio rei locatae (natürlich auch exceptio doli) nennen könnte. Das Berufungsgericht will nun der Eigentumsklage hier deswegen ihre Wirksamkeit absprechen, weil sie, nachdem der Kläger selbst zwar nicht das Eigentum, aber doch den Besitz auf Grund eines wegen Unsittlichkeit nichtigen Vertrages auf den Erblasser der Beklagten übertragen habe, nach l. 8 Dig. de cond. ob t. c. 12, 5 nicht dazu benutzt werden dürfe, der Letzteren den Besitz wieder zu entziehen. Die Pandektenstelle sagt aber nur, daß der, welcher ein aus einem unsittlichen Rechtsgrunde (ob turpem causam) gegebenes Versprechen erfüllt hat, falls ihn selbst dabei ein gleicher sittlicher Vorwurf trifft wie den Empfänger, trotz der Unverbindlichkeit jenes Versprechens nicht mit der condictio indebiti und ebensowenig mit der condictio ob turpem causam zurückfordern könne, was sich in betreff der condictio indebiti schon daraus erklärt, daß der Leistende ja die Unverbindlichkeit seines Versprechens kennen mußte, also nicht aus entschuldbarem Irrtume geleistet haben kann. Im vorliegenden Falle handelte es sich nun aber nicht um eine condictio indebiti oder

ob turpem causam, sondern um eine rei vindicatio bezw. eine actio negatoria; übrigens war hier auch nicht um eines unsittlichen Rechtsgrundes willen versprochen oder geleistet, sondern der Vertrag, zu dessen Erfüllung geleistet war, war wegen Unsittlichkeit seines Gegenstandes nichtig. War also hiermit ein Grund zur Aufhebung des angefochtenen Urteils gegeben, so konnte auch die weitere rechtliche Beurteilung nicht zu dessen Aufrechthaltung führen. Die Sache lag prozessualisch so, daß jede der Parteien sich auf Thatsachen berufen hatte, die gerade für den Gegner einen Rechtsbehelf begründeten, daß aber der Gegner die ihm vorteilhafte Rechtsfolge zu ziehen verschmäht und vielmehr mit rechtsirrigen Gründen zu siegen vermeint hatte. Der Kläger behauptete mit seinem Eigentume am Hause zugleich den Kaufvertrag, der doch an sich eine Einrede gegen seine Eigentumsklage begründete; die Beklagte behauptete, statt diese Einrede vorzuschützen, vielmehr, daß der Vertrag in Wahrheit noch einen anderen, nämlich einen unsittlichen Gegenstand gehabt habe und deshalb nichtig sei, und lieferte damit dem Kläger die Grundlage für eine Replik, deren sich dieser aber wiederum nicht bediente, die er vielmehr als unrichtig bekämpfte. Nun ist es immer streitig gewesen, ob es einer besonderen Berufung auf die vom Gegner vorgebrachten Thatsachen bedürfe, um dem aus ihnen gegen diesen selbst zu unternehmenden Rechtsbehelfe Wirksamkeit zu verschaffen. Im vorliegenden Falle brauchte diese Frage jedoch nicht entschieden zu werden, weil das Ergebnis in jedem Falle zu Gunsten des Klägers ausfallen muß. Nach der einen Auffassung müßte er mit seiner Vindikation durchdringen, weil ihr gar keine Einrede entgegengesetzt wäre. Nach der anderen würde seiner Klage zunächst die aus seinem eigenen Vorbringen abzuleitende Einrede aus dem Vertrage entgegenstehen, dann aber auch sofort die Replik der Nichtigkeit dieses Vertrages. In dieser letzteren Beziehung darf ohne Weiteres als thatsächlich feststehend angenommen werden, daß nach der wahren Willensmeinung beider Kontrahenten für die 125 000 Mk. nicht bloß die in der Vertragsurkunde genannten Gegenstände, das Haus und das Inventar, sondern auch das bestehende Bordellgeschäft verkauft sein sollte, und zwar für die 125 000 Mk. als einheitlichen Kaufpreis, ohne daß sich ein bestimmter Betrag als auf das Haus oder das Inventar oder beide zusammen fallend ermitteln ließe. Dies hat deshalb als feststehend zu gelten, weil die Beklagte, gegen die es gelten soll, es selbst behauptet hat. Es kam deshalb nicht auf die Nachprüfung an, ob gegen die entsprechende thatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts, welches diese gegen den Kläger vorgenommen hat, nicht prozessualische Bedenken vorliegen. Nachzuprüfen blieb dagegen die rechtliche Beurteilung, ob wirklich der Kaufvertrag wegen Unsittlichkeit nichtig sei; freilich hatte die Beklagte selbst auch dies behauptet; aber die Rechtssätze stehen nicht zur Verfügung der Parteien. Bei dieser also noch erforderlichen Erörterung ist es gleichgültig, ob ein bestehendes Geschäft den Gegenstand eines eigentlichen Kaufes im gemeinrechtlichen Sinne bilden kann. Hält man daran fest, daß die Leistung des Verkäufers immer in einer auf Rechtsübertragung abzielenden Handlung bestehen muß, so wird man dies kaum annehmen können, da die Leistungen des „Verkäufers" eines Geschäfts wenigstens im wesentlichen nur in einem gewissen rein thatsächlichen Verhalten bestehen. Indessen wenn es sich dabei auch nicht um einen eigentlichen Kauf handeln mag, so handelt es sich jedenfalls um einen dem Kauf ähnlichen und nach dessen Vorbilde zu beurteilenden Vertrag. Nun würde es aber gegen die guten Sitten verstoßen, wenn das Recht einen seiner Natur nach unsittlichen Geschäftsbetrieb, wie es der eines Bordells zweifellos ist, als denkbaren Gegenstand eines Vertrages anerkennen wollte; ein solcher Vertrag ist vielmehr wegen seines unsittlichen Gegenstandes schlechthin nichtig. Ist nun ein solcher wegen seiner unsittlichen Natur ungeeigneter Gegenstand zugleich mit anderen Gegenständen für einen einheitlichen Preis verkauft, so muß die aus l. 44 Dig. de contr. emt. 18, 1 zu entnehmende Regel Anwendung finden, wonach bei schon anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung einer von mehreren für einen Preis durch ein einheitliches Geschäft verkauften Sachen dies ganze Geschäft als nicht geschlossen gilt. Nr. 142.

§ 75.

5. Miteigentum.

B.G.B. §§ 1008—1011.

I. 946—951. II. 920—923. III. 992—995. M. III. 433—446. E.G. Art. 131, 173, 181 Abs. 2. Windscheid I. § 169a. Stobbe II. §§ 81, 82. Dernburg I. §§ 222—224.

Nr. 1876. IV. Sen. 2. Juni 1892. IV. 91. 92. Bd. 30, Nr. 56, S. 189.

Übertragung des Miteigentums an einem Lotterielose durch Willenserklärung. Irrtümliche Bezeichnung des Loses. (Preuß. R.). Da der Beklagte Kaufmann ist, so muß der von ihm mit dem Kläger geschlossene Vertrag nach Art. 274 H.G.B. im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig angesehen werden. Einer solchen Annahme steht die Natur des fraglichen gewagten Geschäfts nicht entgegen und die abweichende Aufstellung des Berufungsrichters, die Vereinbarung habe „ersichtlich" mit dem Betriebe des Handelsgewerbes nichts zu thun gehabt, entbehrt der Begründung. Es muß daher im Hinblick auf die Art. 273, 277 H.G.B. das in Rede stehende Geschäft, da der Streitstoff keinen Anhalt dafür giebt, daß das Geschäft nicht zum Betriebe des Handelsgewerbes des Beklagten gehört habe, nach Handelsrecht beurteilt werden; mithin ist nach Art. 317 a. a. O. die formelle Gültigkeit des nur mündlich geschlossenen Vertrages nicht zu beanstanden. Auch ist das entstandene Rechtsverhältnis im übrigen (vergl. Art. 277 H.G.B.) nach Handelsrecht zu beurteilen. Ohne Weiteres war mit dem geschlossenen Abkommen ein Anspruch auf Teilnahme bezüglich bestimmter Lose noch nicht begründet, da solche erst noch angeschafft werden sollten. Auch ist mit dem Berufungsrichter davon auszugehen, daß die Verteilung der einzelnen angeschafften Losnummern auf die zu bildenden mehreren Spielergruppen in die Hand des Beklagten gelegt war. Rechtsirrtümlich aber ist die Annahme des Berufungsrichters, daß die Bildung der einzelnen Spielerkreise und die Verteilung der Lose sich in rechtswirksamer Weise durch die Eintragung in das von dem Beklagten angelegte sogen. Lotteriebuch vollzogen habe. Die unausgesprochene, wenn auch schriftlich fixierte Absicht des Beklagten allein konnte nicht genügen, um die Frage zum Austrage zu bringen, an welchem Lose jeder einzelne Mitspieler einen Anteil erworben habe. Zur Ausführung der in die Hand des Beklagten gelegten Losverteilung war vielmehr weiter erforderlich, daß der Beklagte gegenüber jedem Beteiligten noch eine entsprechende Erklärung abgab, die mit Rücksicht darauf, daß die Lose in den Händen des Beklagten bleiben sollten, sich als eine Übergabeerklärung im Sinne des § 71, I. 7 A.L.R. darzustellen und also zum Ausdrucke zu bringen hatte, bezüglich welcher Losnummern der Beklagte den Gewahrsam für die Mitspieler ausübe. Eine solche Übergabeerklärung, die nach der Natur des vorliegenden Rechtsverhältnisses dazu bestimmt und geeignet war, den den Anteilsquoten entsprechenden Mitbesitz der Lose und demgemäß das Miteigentum an den Losen auf den Kläger übergehen zu lassen, ist vom Beklagten gegenüber dem Kläger durch die Postkarte vom ... abgegeben worden. Hiermit erst nahm der Beklagte den entscheidenden Rechtsakt vor, während die von ihm vorher bewirkte Aufzeichnung des beabsichtigten Verteilungsplanes an und für sich noch keine rechtliche Wirksamkeit hatte. Da hiernach das Miteigentum des Klägers an bestimmten Losnummern nicht schon durch jene Aufzeichnung in einem Buche des Beklagten, sondern erst durch die nachfolgende die Übergabeerklärung enthaltende Anzeige und deren stillschweigend erfolgte Annahme begründet werden konnte, so bleibt nur noch zu erörtern, ob die Gültigkeit dieser in der Postkarte abgegebenen Erklärung des Beklagten durch den dabei vorgekommenen Irrtum ausgeschlossen wurde. Der Beklagte hatte in dem Buche die Namen verschiedener in zwei Gruppen geteilter Mitspieler und zu jeder Gruppe die Nummern von acht Achtelanteilslosen niedergeschrieben; dabei hatte er den

Kläger unter den Teilnehmern der zweiten Gruppe aufgeführt, während ein anderer Mitspieler, R., in der ersten Gruppe verzeichnet war. Abweichend hiervon teilte er versehentlich dem Kläger und dem R. ihre Beteiligung in umgekehrter Weise mit. Der Inhalt dieser Postkarten ist maßgebend. Die fraglichen Aufzeichnungen in dem Buche würden für das streitige Rechtsverhältnis nur Bedeutung haben können, wenn sie zu der Annahme führen müßten, daß auf Grund der Nichtübereinstimmung von Willen und Erklärung der Inhalt der Postkarte als Akt der Übertragung des Besitzes und des Eigentums der auf der Postkarte verzeichneten acht Achtellose nicht angesehen werden konnte und der in der Übersendung der Postkarte und ihrer Annahme zu erblickende dingliche Vertrag deshalb nichtig wäre. In dem Zeitpunkte der Absendung der Postkarte waren die einzelnen zu verteilenden Achtellose gleichwertig, und es handelte sich bei der gegenüber dem Kläger mittels der Postkarte abgegebenen Erklärung des Beklagten nur um Bezeichnung der acht Achtellose, an denen der Kläger Mitbesitz und Miteigentum haben sollte. Mit dem auf die Übertragung dieses Mitbesitzes und zwar des Mitbesitzes an den auf der Postkarte verzeichneten acht Achtellosen gerichteten Willen sandte der Beklagte die Karte ab. Es folgt dies notwendig aus dem Inhalte und der Absendung der Postkarte selbst. Mag es auch richtig sein, daß der Beklagte die Karte mit ihrem Inhalte nicht abgesandt, sondern andere Losnummern an Stelle der auf ihr angegebenen gesetzt haben würde, wenn er sich bei der Niederschrift des Inhalts und bei der Absendung der Karte des Inhaltes jener seiner Notizen bewußt gewesen wäre, so hat dies mit seinem durch die Karte kundgegebenen Besitzübertragungswillen nichts zu thun. Es könnte daraus immer nur geschlossen werden, daß er jenen Willen nicht gehabt haben würde, wenn er sich des Inhalts seiner Aufzeichnungen bewußt gewesen wäre. Aber die Irrung betrifft nur den Beweggrund (§§ 145 ff. I. 4 A.L.R.) Sie ist also für die Rechtsgültigkeit des Vertrages nicht von Bedeutung.

Nr. 1877. V. Sen. 23. Oktober 1886. V. 133. 86. Bd. 16, Nr. 58, S. 251.

Errichtung einer Grundschuld durch einen zwar im Grundbuche, aber nicht im Grundschuldbriefe bezeichneten Miterben. (Preuß. R.). Nach der herrschenden Ansicht bildet den Gegenstand des Miteigentums der Miterben die Erbschaft als solche und dem einzelnen Miterben steht eine Quote nur an der Erbschaft, nicht an den einzelnen Erbschaftssachen zu, und daraus ist der weitere Satz abgeleitet worden, daß eine vor der Erbteilung von einem Miterben vorgenommene Verpfändung seines Grundstücksanteils zwar nicht von vornherein ungültig sei, aber in ihrer Wirksamkeit solange suspendiert bleibe, bis sich durch die Erbteilung entscheidet, ob der betreffende Miterbe das verpfändete Grundstück ganz oder teilweise zum Eigentum zugeteilt erhält, in welchem Falle die Verpfändung definitiv gültig werde, bezw. ob derselbe keinen Anteil am Grundstücke erhält, womit das Pfandrecht gegenstandslos werde. Von anderer Seite wird bestritten, daß das preußische Recht sich in dieser Beziehung von dem ein Miteigentum der Miterben an den einzelnen Nachlaßsachen anerkennenden römischen Rechte unterscheidet. Nr. 2494. Einer Stellungnahme zu dieser Frage bedarf es jedoch im vorliegenden Falle nicht, indem mit dem Berufungsrichter auch bei Zugrundelegung der ersteren Ansicht die Anfechtung der von P. begründeten Grundschuld dem Beklagten gegenüber auf Grund des § 38 E.E.G. für ausgeschlossen zu erachten ist. Wie nach Inhalt des § 38 a. a. O. Einreden gegen die Klage aus einer Grundschuld nur soweit zulässig sind, als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen oder aus dem Grundschuldbriefe sich ergeben, oder als die Thatsachen, auf die sie sich gründen, dem Kläger beim Erwerbe der Grundschuld bekannt gewesen sind, so unterliegt auch die Begründung einer Anfechtungsklage gegen eine Grundschuld denselben Beschränkungen. Im vorliegenden Falle kann es sich nur fragen, ob der aus der Nichtberechtigung des Miterben zur Verpfändung entnommene Anfechtungsgrund ein solcher sei, welcher dem Kläger unmittelbar gegen den Beklagten zusteht, oder ob sich

derselbe aus dem Grundschuldbriefe ergebe. Beides ist zu verneinen. Die Grundschuld ist bewilligt worden von einem als Miteigentümer ins Grundbuch eingetragenen Miterben, welchem auch von der klägerischen Ansicht aus die Befugnis zur Eintragung seines Anteiles nach § 21 E.E.G. nicht abgesprochen werden kann. Ob eine derartige Verpfändung auch materielle Kraft gewinnt, hängt vom Ausfalle der Erbteilung ab; aber, wird auf diesem Wege die Verpfändung schließlich gegenstandslos, so ist doch nichtsdestoweniger die Grundschuld formell entstanden. Andererseits kommt in Betracht, daß nach § 38 E.E.G. der öffentliche Glaube mit Beziehung auf Grundschulden vom Grundbuche auf den Grundschuldbrief übertragen ist. Der Grundschuldbrief des Beklagten enthält keine Andeutung darüber, daß der darin als Miteigentümer aufgeführte P. nur als Miterbe im Grundbuche eingetragen stehe; kraft des öffentlichen Glaubens des Grundschuldbriefes hatte daher dieser Konstituent der Grundschuld gegenüber dem gutgläubigen Beklagten nach § 21 E.E.G. für berechtigt zu gelten, gleich anderen eingetragenen Miteigentümern auf seinen Anteil eine Grundschuld zu bewilligen. Soweit aber der öffentliche Glaube des Grundbuches bezw. des Grundschuldbriefes reicht, ist eine Anfechtung ausgeschlossen, und darum steht dem Beklagten, welcher den Grundschuldbrief gegen Entgelt und in redlichem Glauben an die Richtigkeit seines Inhaltes erworben hat, der § 9 Abs. 2 E.E.G. zur Seite. Mag auch unter Umständen darüber zu streiten sein, auf welche Weise Konflikte zwischen dem öffentlichen Glauben des Grundbuches einer- und des Grundschuldbriefes andererseits zu lösen seien, so muß doch der Glaube des Grundschuldbriefes in einem Falle wie der vorliegende überwiegen, weil der Kläger beim Erwerbe des Grundstückes aus dem Grundbuche ersehen mußte, daß sein Miterbe die jetzt streitige Grundschuld bestellt hatte und er selbst durch Mitwirkung bei der Erbteilung dazu beigetragen hat, die Grundschuld materiell unwirksam zu machen. Allerdings ist in einer Entscheidung des II. Hilfs-Sen. des Reichsgerichts vom 12. Juli 1880 für einen dem jetzigen gleich liegenden Fall ausgesprochen, daß der dritte Inhaber des Grundschuldbriefes sich auf dessen Inhalt nicht berufen könne, wenn derselbe mehrere Personen schlechtweg als Miteigentümer aufführt, ohne erkennen zu lassen, daß der Konstituent über einen und welchen bestimmten Anteil an dem Grundstücke zu verfügen berechtigt sei, indem solchenfalls der Grundschuldbrief sogar zweifelhaft lasse, ob eigentliches Miteigentum oder Gesamteigentum vorliegt, mithin eine wesentliche Lücke enthalte, welche eine Berufung auf den Glauben des Grundschuldbriefes verhindere. Dies hat jedoch nicht für zutreffend erachtet werden können. Ausschlaggebend für die vorliegende Frage ist die Bestimmung in § 11 E.E.G. Handelt es sich um Grundschulden, so ist zu verlangen, daß die Beschränkung aus dem Grundschuldbriefe ersehen werden kann, wenn sie Rechtswirkung gegen gutgläubige Dritte erlangen soll. (Vergl. § 124 der G.B.O.) Auch wenn man mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauche die Bezeichnung von Miterben als Miteigentümer sonst zuläßt, kann nach der Vorschrift des § 11 a. a. O. die Aufführung von Miteigentümern des belasteten Grundstückes in einem Grundschuldbriefe ohne Erwähnung einer weiteren Beschränkung ihres Miteigentumsrechts nicht anders verstanden werden als dahin, daß sie Miteigentümer sind mit uneingeschränkten Befugnissen des Miteigentums, d. h. Miteigentümer zu ideellen Teilen, folglich auch mit der Befugnis, auf ihren ideellen Anteil eine sofort rechtswirksame Grundschuld (oder Hypothek) zu begründen. Die Anwendung der in § 2, I. 17 A.L.R. aufgestellten Vermutung kann hier auf sich beruhen, weil der Beklagte auf Grund des § 11 E.E.G. schon aus dem Grundschuldbriefe selbst die Größe des von der Grundschuld ergriffenen Anteils insofern entnehmen durfte, als der Grundschuldbrief vier Personen ohne weitere Bemerkung als Eigentümer aufführt, sonach der Anteil des P. auf ein Viertel vorauszusetzen war. Nr. 2024.

Nr. 1878. II. Sen. 30. April 1886. II. 539. 85. Bd. 15, Nr. 83, S. 330.

Kultur- und Exploitationswege. Rechtsverhältnis der Adjacenten. (Rhein. R.). Nach der Feststellung der Vorinstanz ist der streitige Weg ein solcher, bei welchem die thatsächlichen Voraussetzungen eines sogen. Exploitations- oder Kulturweges d. h. eines ländlichen Weges vorliegen, der, ohne eine weitere Kommunikation zu vermitteln, lediglich dem Zwecke der Bewirtschaftung der anstoßenden Grundstücke dient. Wenn die Vorinstanz auf diese thatsächliche Grundlage hin angenommen hat, daß der fragliche Weg als im Miteigentum der beiderseitigen Adjacenten stehend anzusehen ist, so entspricht dies den Grundsätzen, welche bezüglich solcher Wege sowohl in der französischen Jurisprudenz als in der Rechtsprechung der rheinisch-preußischen Gerichte anerkannt sind. Ein spezieller Erwerb des Miteigentums steht hier nicht in Frage, letzteres bildet vielmehr ein Accessorium des Grundstückes, welches mit demselben auf dessen Erwerber übergeht.

Nr. 1879. V. Sen. 17. Januar 1896. V. 474. 478. 94. Bd. 36, Nr. 77, S. 316.

Konflikt beim Eigentumserwerb an Grundstücken. Auflassung des Miteigentums gegenüber dem Inhalte des Grundbuches. §§ 474, 454 ff. I. 11 A.L.R. § 2 E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Die Eheleute S. haben durch Vertrag vom 30. Januar 1846 ihr Freibauergut Nr. 10 in A. den Eheleuten R. verkauft. Die Ehefrau R. ist am 23. März 1856 gestorben und von ihrem Ehemanne und ihren vier Kindern beerbt worden. Der Ehemann R. hat durch Vertrag vom 17. Juli 1856 der Klägerin, seiner damaligen Braut und späteren Ehefrau, zunächst sein ihm an dem Bauergut Nr. 10 zustehendes Miteigentum mit Ausschluß des von seiner ersten Frau ererbten Anteils, dann durch Vertrag vom 24. April 1871 auch diesen Anteil verkauft. Zu den von den Eheleuten S. besessenen Grundstücken gehörten die Parzellen Ackerlehne Blatt 10, die sie bei der Naturalteilung des vordem von ihnen und den Eheleuten R. als Miteigentümern besessenen Grundstückes Ackerlehne Nr. 1 zum Alleineigentum erworben hatten. Wie vom Berufungsgericht festgestellt worden, ist den Eheleuten R. durch den Vertrag von 1846 das gesamte Grundeigentum der Eheleute S. einschließlich der Parzellen Ackerlehne Blatt 10 verkauft und ist die Übergabe erfolgt. Die Klägerin, die sich unstreitig im Besitze der Ackerlehne Blatt 10 befindet, macht geltend, sie habe durch den Vertrag von 1856 das Miteigentum ihres Mannes zur Hälfte und durch den Vertrag von 1871 dessen von seiner ersten Frau ererbten Anteil von einem Zehntel an den sämtlichen von den S.schen Eheleuten durch den Vertrag von 1846 abgetretenen Grundstücken erworben, so daß ihr auch an der Ackerlehne das Miteigentum zu sechs Zehnteln gebühre. Sie hat gegen die Beklagte auf Anerkennung ihres Miteigentums zu sechs Zehnteln geklagt. Die Beklagte stützt ihren Widerspruch auf den von den Angaben der Klägerin abweichenden Inhalt des Grundbuches. Bis zu der am 18. Januar 1859 erfolgten Anerkennung der früher vollzogenen Naturalteilung bestand für das Grundstück Ackerlehne Nr. 1 ein besonderes Hypothekenfolium, auf dem die Eheleute S. und die Eheleute R. als Miteigentümer eingetragen waren. Auf den Antrag des Ehemannes R., wie dieser dazu gekommen, ist nicht aufgeklärt, sind die als Alleineigentum an die Stelle des Miteigentums der Eheleute S. getretenen Parzellen von dem bisherigen Folium abgeschrieben und auf ein besonderes Folium unter der Bezeichnung Ackerlehne Blatt 10 und unter Eintragung der Eheleute S. als Eigentümer übertragen; zugleich ist vermerkt, daß nach dem Ableben der Eheleute S. der Ehemann R. und dessen vier Kinder aus erster Ehe, namens Johann, Franz, Marianne, Joseph, das Grundstück ab intestato geerbt haben. So war der Inhalt des Grundbuches beschaffen, als am 4. Februar 1888 die Brüder Johann und Franz R. der Beklagten die Auflassung nach Maßgabe der Verträge vom 20. August und 7. September 1887 erteilten. Jeder der Brüder Johann und Franz R. hatte nämlich der Beklagten sein ihm selbst an der Ackerlehne Blatt 10 zustehendes Miteigentum zu einem Fünftel sowie

die ihm von seinem Vater, dem Ehemann R., und seinem Bruder Joseph R. zugefallenen Miteigentumsanteile an demselben Grundstücke durch den entsprechenden Vertrag verkauft. Am 7. Februar 1888 wurden auf den Antrag der Beklagten vom 4. Februar drei Eintragungen im Grundbuche vorgenommen. Zunächst wurde vermerkt, daß das Miteigentum des Ehemannes F. laut Erbbescheinigung dessen vier Kindern erster Ehe, dessen Witwe (die Klägerin) und dessen vier Kinder zweiter Ehe geerbt haben; dann, daß das Miteigentum des Joseph R. (eines Kindes erster Ehe des Ehemannes R.) laut Erbbescheinigung dessen Geschwister Johann, Franz und Marianne R. geerbt haben; endlich daß die Beklagte das Miteigentum des Johann und des Franz R. auf Grund der Auflassung vom 4. Februar 1888 erworben habe. Der erste Richter hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin ist die Beklagte klagegemäß verurteilt. Das Berufungsgericht ist der Klägerin auf Grund thatsächlicher Feststellungen darin beigetreten, daß sie durch die beiden Verträge von 1856 und 1871 das Miteigentum zu sechs Zehnteln an der bis dahin von ihrem Ehemanne R. als Zubehör des Freibauerguts Nr. 10 besessenen Ackerlehne erworben habe. Es hat auch entschieden, daß die Beklagte diesen Erwerb der Klägerin anerkennen müsse, obwohl davon zur Zeit ihres Erwerbes der Miteigentumsanteile der Brüder Franz und Johann R. durch die Verträge vom 20. August und 8. September 1887 und durch die Auflassung vom 4. Februar 1888 aus dem Grundbuche nichts zu ersehen war. Die Revision der Beklagten ist zurückgewiesen. Es bleibt nur zu untersuchen, ob das von der Beklagten beanspruchte Miteigentumsrecht an der streitigen Ackerlehne, weil ihr Erwerb auf Auflassung und Eintragung beruht, stärker ist als das von der Klägerin auf Grund älterer Erwerbstitel außerhalb des Grundbuches erworbene Miteigentumsrecht und ob deshalb das letztere, soweit es nicht neben dem Miteigentumsrecht der Beklagten bestehen kann, diesem weichen muß. Dabei kommen Unredlichkeit und Unentgeltlichkeit des Erwerbes auf seiten der Beklagten als Anfechtungsgründe nicht in Betracht. Was zunächst die Veräußerung des (angeblich) eingetragenen Miteigentums der Brüder Franz und Johann R. betrifft, so bestimmen darüber die Verträge vom 20. August und 8. September 1888 gleichmäßig, daß jeder der Brüder das ihm selbst an dem Grundstück Ackerlehne zu einem Fünftel zustehende Miteigentum der Beklagten verkaufe. Die Beklagte will nun auf Grund der Auflassung vom 4. Februar 1888 durch ihre Eintragung vom 7. Februar 1888 das Miteigentum an der Ackerlehne zu zwei Fünfteln erworben haben. Das ist nicht richtig. Nach § 2 E.E.G. muß die Auflassung der *eingetragene* Eigentümer erklären. Daraus ergiebt sich von selbst, daß der Eigentümer *nur das* mit Rechtswirkung auflassen kann, was *als sein Eigentum* eingetragen ist, und weiter, daß die Auflassung, wenn sie sich auf einen Gegenstand erstreckt, als dessen Eigentümer der auflassende Veräußerer nicht eingetragen ist, insoweit Rechtswirkung nicht hat. Nr. 2090. Indem die Brüder Franz und Johann R. der Beklagten ihr Miteigentum an der Ackerlehne gemäß den Verträgen vom 20. August und 8. September 1887 (zu je einem Fünftel) aufließen, machten sie nichts Anderes zum Gegenstande der Auflassung als das, dessen Eigentum für sie eingetragen war; denn sie waren nicht als *Miteigentümer der Ackerlehne*, sondern *als Miterben der Eheleute S.*, bezüglich der Ackerlehne eingetragen. In der Rechtsprechung ist für den Geltungsbereich des A.L.R. stets der Rechtssatz anerkannt, daß jedem einzelnen von mehreren Erben während der Fortdauer ihrer Gemeinschaft ein bestimmter verhältnismäßiger Anteil an jedem einzelnen Nachlaßstücke als sein besonderes Eigentum nicht zusteht. Dadurch, daß der Besitztitel von der Ackerlehne für die Erben der Eheleute S. insgesamt pro indiviso berichtigt war, erhellte aus dem Grundbuche nur, daß das Grundstück noch zur ungeteilten Erbschaft der Eheleute S. gehörte, und das Grundbuch gab weder Auskunft darüber noch Sicherheit dafür, daß den als Miterben eingetragenen Brüdern Johann und Franz R. das ganze Grundstück oder ein ideeller oder reeller Teil desselben bei der Auseinandersetzung zufallen werde. Einzelne Miterben sind zwar nicht behindert, ihren Anteil an dem Nachlaßgrundstücke

zu veräußern; die Wirksamkeit solcher Veräußerung ist aber dadurch bedingt, daß den veräußernden Miterben das Grundstück bei der Nachlaßteilung überwiesen wird. Da die Auflassung mit der sich anschließenden Eintragung des Erwerbers definitives Eigentum verleiht, ist sie unter einer Bedingung nicht zulässig. Die Praxis der Gerichte hat sich denn auch dahin befestigt, daß Anträge auf Entgegennahme einer Auflassung, wodurch einzelne Miterben während fortdauernder Erbengemeinschaft einen Anteil an dem Nachlaßgrundstücke veräußern wollen, zurückzuweisen sind. Die ihren Anteil am Nachlaßgrundstücke veräußernden Miterben Franz und Johann R. konnten definitives Eigentum nicht übertragen; die von ihnen erklärte Auflassung konnte und durfte daher nicht zur Eintragung der Beklagten als Miteigentümerin führen. Ist diese Eintragung gleichwohl geschehen, so hat die Beklagte das Miteigentum durch ihre Eintragung nicht erworben, da es an einer rechtswirksamen Auflassung fehlte. Durch die Verträge vom 20. August und 8. September 1887 mag vielleicht für die Beklagte ein obligatorisches Recht auf wirksame Übertragung des Miteigentumsrechts zu einem Fünftel an der Ackerlehne gegen jeden der Brüder Johann und Franz R. begründet sein, ein wirkliches Miteigentumsrecht hat die Beklagte dagegen durch die Auflassung vom 4. und die Eintragung vom 7. Februar 1888 nicht erworben. Mit einem bloß persönlichen Vertragsrechte gegen die Brüder Johann und Franz R. kann aber die Beklagte die auch im Besitze der Ackerlehne befindliche Klägerin nicht aus ihrem Miteigentumsrechte zur Hälfte an der Ackerlehne verdrängen, das sie nach der Feststellung des Berufungsgerichts durch den Vertrag vom 17. Juli 1856 von ihrem Bräutigam, späteren Ehemanne Franz R. sen., abgetreten erhalten hat, nachdem dieser das Miteigentum zur Hälfte an der Ackerlehne durch den Vertrag vom 30. Januar 1846 von den Eheleuten S. gekauft und durch Übergabe erworben hatte. Dasselbe gilt bezüglich des Miteigentumsanteiles, der der Klägerin durch den Vertrag vom 24. April 1871 von ihrem Ehemann Franz R. sen. als der von seiner Ehefrau Marianne geb. S. ererbte Anteil an dem dieser durch den Vertrag vom 30. Januar 1846 erworbenen Miteigentum zur Hälfte an den S.schen Grundstücken abgetreten ist. Daß dieser ererbte Anteil, wie die Klägerin behauptet, ein Zehntel beträgt, ist weder in den Vorinstanzen noch von der Revisionsklägerin bezweifelt worden. Ähnlich verhält es sich mit dem grundbuchmäßigen Erwerbe der Beklagten hinsichtlich der von Franz und Johann R. durch die Verträge vom 20. August und 8. September 1887 mitverkauften ihnen nach ihrem Vater Franz R. und nach ihrem Bruder Joseph R. zugefallenen Erbschaften, bestehend in Miteigentumsanteilen an der Ackerlehne und in ausstehenden Forderungen. Erwerb des Miteigentumsrechts an der Ackerlehne konnte mittels Auflassung und Eintragung nicht stattfinden, da die Veräußerer Franz und Johann R. zur Zeit der Auflassung nicht als Miteigentümer eingetragen waren. Es kommt hinzu, daß die bezeichneten Verträge sich in dem die Erbschaften des Franz R. (Vaters) und des Joseph R. betreffenden Teile als Erbschaftskäufe darstellen und daß nach A.L.R. Auflassung und Eintragung nicht die Akte für die Übertragung des Eigentums an Erbschaftsrechten bilden, daß vielmehr durch den Abschluß des Kaufvertrages das Eigentum der Erbschaft auf den Käufer übergeht (§ 474, I. 11 A.L.R.). Da die Beklagte durch die Verträge vom 20. August und 8. September 1887 bereits das Eigentum der Brüder Franz und Joseph R. an den ihnen zugefallenen Erbschaften ihres Vaters und ihres Bruders Joseph erworben hatte, wozu auch die Nachlaßgrundstücke und die Miteigentumsanteile der Erblasser an Grundstücken gehörten, so konnte sie durch die Auflassung und Eintragung nichts erwerben, was nicht schon ohnedies ihr Eigentum war. Als Erbschaftskäuferin endlich trat die Beklagte in alle Rechte und Pflichten der Brüder Johann und Franz R. als Miterben, sie wurde Miterbin an deren Stelle (§§ 454 ff. I. 11 A.L.R.). Da dem Franz R. (Vater) und dem Joseph R. an der Ackerlehne nicht Miteigentum, sondern Miterbenrecht pro indiviso zustand, so hat auch die Beklagte ausschließlich dieses Miterbenrecht erworben. Steht hiernach der Beklagten nicht infolge ihrer Eintragung im Grundbuche ein prävalierendes

Eigentumsrecht zur Seite, kann sie sich vielmehr für ihr Miteigentumsrecht nur auf Übertragungsakte berufen, die außerhalb des Grundbuches liegen, so tritt bei Abmessung ihrer Rechte gegenüber denen der Klägerin der Grundsatz des § 101 Einl. A.L.R. in sein volles Recht, wonach Niemand dem Anderen mehr Rechte übertragen kann, als er selbst besitzt. Damit fällt das Recht der Beklagten, soweit es aus dem im Grundbuche vermerkten Miterbenrecht einzelner der Intestaterben der Eheleute S., nämlich des Franz R. (Vaters) und der Brüder Johann, Franz und Joseph R. hergeleitet wird, durch die Feststellung des Berufungsgerichts zusammen, wonach die Ackerlehne von den Eheleuten S. durch den Vertrag vom 30. Januar 1846 mit ihrem übrigen Grundbesitze den Eheleuten Franz und Marianne R. verkauft und durch Übergabe aus dem Eigentume der Eheleute S. in das Eigentum der Eheleute R. getreten ist. Waren die Eheleute S. bei ihrem Tode nicht mehr Eigentümer der Ackerlehne, so ging diese auch nicht auf deren Intestaten über; und für die Beklagte bleiben nur die Rechte an der Ackerlehne übrig, die aus dem Nachlasse der Ehefrau Marianne R. durch Vermittelung von deren Erben Franz, Johann und Joseph R., sowie weiter aus dem Nachlasse des Joseph R. durch Vermittelung von dessen Erben Franz und Johann R. auf sie übergegangen sind. Durch diese Rechte der Beklagten wird das von der Klägerin beanspruchte Miteigentumsrecht zu sechs Zehnteln an der Ackerlehne aber nicht berührt, da sich dies lediglich von dem Miteigentumsrecht des Franz R. (Vaters) zur Hälfte und von dessen Erbrecht zu einem Zehntel an dem Nachlasse seiner Ehefrau Marianne R. herschreibt, also von Rechten, die längst begründet waren, als die Beklagte ihre Rechte von der Ackerlehne, soweit diese die Rechte der Klägerin ausschließen würde, erwarb. Nr. 2495.

Nr. 1880. IV. Sen. 21. Mai 1883. IV. 111. 83. Bd. 9, Nr. 73, S. 272.

Auflassung an einen Erben seitens der Miterben. (Preuß. R.). Die Frage, ob Miterben das im Wege der Erbauseinandersetzung einem von ihnen zum Alleineigentum zugeteilte Nachlaßgrundstück aufzulassen haben, ist zu bejahen. Dies ergiebt sich schon daraus, daß der das Nachlaßgrundstück übernehmende Miterbe vor der Erbteilung irgend einen Eigentumsanteil als pars pro indiviso daran nicht besessen und erst durch die Auseinandersetzung mit den Miterben einen Rechtstitel für das volle, unbeschränkte Alleineigentum erworben hat. Die Erbauseinandersetzung stellt sich als der rechtswirkende Titel für den das Alleineigentum übernehmenden Miterben zum Erwerbe des Grundstückseigentums dar; sie bildet, ungeachtet des formellen Rechts eines jeden Miterben, die Teilung zu erzwingen (§ 117, I. 17 A.L.R.), doch ihrem Inhalte nach ein aus dem freien Willen der Kontrahenten hervorgegangenes Rechtsgeschäft, und sie ist als eine freiwillige Veräußerung anzusehen, die nach § 1 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 nur durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch Eigentum auf den Übernehmer überträgt. Im vorliegenden Falle hat der Beklagte, derjenige Miterbe, dem durch die Erbauseinandersetzung das Eigentum des Nachlaßgrundstückes zugeteilt war, durch notariellen Vertrag sein Recht auf Auflassung des Grundstücks und überhaupt alle ihm aus dem Rezesse zustehenden Rechte an den Kläger abgetreten. Seine Miterben waren zur Auflassung des Grundstücks an den Kläger bereit. Die Weigerung des Beklagten zur Auflassung an den Kläger (in Gemeinschaft mit den anderen Erben) ist unbegründet. Der Beklagte hat bisher nur ein persönliches Recht auf Auflassung durch den Erbrezeß erworben und dies Recht, hat er an den Kläger nur durch Cession abtreten können. Daß der Beklagte mit seiner Ehefrau in Gütergemeinschaft lebt, macht die Einwilligung der Letzteren zu dem mit dem Kläger geschlossenen notariellen Vertrage nicht erforderlich, da der Fall des § 378, II. 1 A.L.R. nicht vorliegt. Eine Veräußerung von Eigentum liegt in diesem Vertrage mit dem Kläger nicht. Der unter den Parteien geschlossene Vertrag ist daher vollkommen wirksam. Der Beklagte ist durch diesen Vertrag verpflichtet, bei der unmittelbar an den Kläger zu bewirkenden Auflassung mitzuwirken, und zwar ohne Zuziehung der gütergemeinschaftlichen

Ehefrau, weil der vorzunehmende Akt nur ein Ausfluß und eine Bethätigung des ihm als Miterben an dem Inbegriffe des Nachlasses zustehenden Anteilsrechtes ist und nur das Teilungsrecht betrifft. Nr. 2494.

Nr. 1881. VI. Sen. 26. Oktober 1891. VI. 172. 91. Bd. 28, Nr. 69, S. 317.

Schadensersatzanspruch des Miteigentümers infolge Beschädigung der Sache. (Preuß. R.). Dem Antrag der Beklagten gemäß ist in beiden Vorinstanzen auf Abweisung der Klage erkannt, und zwar vom Berufungsgericht im wesentlichen deshalb, weil die Kläger eine ihnen ausschließlich zustehende Fischereigerechtigkeit nicht in Anspruch genommen haben, als Miteigentümer der Gerechtigkeit aber zur Anstellung der Schadensklage nicht legitimiert seien. Dieser Abweisungsgrund kann für durchgreifend nicht erachtet werden. Faßt man mit der Vorinstanz die Behauptungen der Kläger dahin auf, daß es sich hier nicht um zwei selbständig nebeneinander bestehende Fischereigerechtigkeiten in demselben Flußgebiete, sondern nur um eine und dieselbe im Miteigentum der Kläger und der Fischerinnung in W. stehende Fischereigerechtigkeit handelt, so kann allerdings nach § 10, I. 17 A.L.R. kein Teilnehmer ohne Beistimmung der übrigen über die gemeinschaftliche Gerechtigkeit, deren Besitz oder Benutzung gültige Verfügung treffen. Allein daß eine derartige Verfügung von den Klägern durch die Erhebung der vorliegenden Entschädigungsklage getroffen sei, nimmt der Vorderrichter mit Unrecht an. Von dieser (gegen einen Dritten wegen Beeinträchtigung ihres Rechts gerichteten) Klage wird weder das Eigentum noch der Besitz oder die Benutzung der Gerechtigkeit berührt. Steht den Klägern das Miteigentum an der Gerechtigkeit zu, so gehört ihr Recht auf die gemeinschaftliche Gerechtigkeit gemäß § 4, I. 17 A.L.R. zu ihrem besonderen Eigentume, so ist überdies gemäß § 50 das. ihr Anteil an den Nutzungen ihr ausschließendes Eigentum. Danach erleidet der Zustand ihres Vermögens durch eine Behinderung oder Beeinträchtigung der Ausübung der Gerechtigkeit eine Verschlimmerung, und soweit diese durch unrechtmäßige Handlungen der Beklagten herbeigeführt ist, haftet ihnen die Beklagte für den ihnen an ihrem Vermögen erwachsenen Schaden nach den Vorschriften der §§ 1 ff., I. 6 A.L.R. Ob den Klägern mit Rücksicht auf den § 260 C.P.O. der Nachweis gelingen wird, daß und in welcher Höhe ihr Vermögenszustand verschlimmert worden, ist im voraus nicht zu übersehen. Inwiefern die Rechte der Fischerinnung in W. durch die gegenwärtige Klage verletzt sein könnten, ist nicht ersichtlich. Will die Fischerinnung in W. wegen eines ihr an ihrem Vermögen erwachsenen Schadens gegen die Beklagte klagbar werden, so wird sie daran durch den vorliegenden Prozeß nicht gehindert, mag dieser zu Gunsten oder zu Ungunsten der jetzigen Kläger entschieden werden. Ebenso ungerechtfertigt ist die Annahme, daß die Beklagte durch das gesonderte Vorgehen der Kläger in eine schlimmere Lage versetzt werde. Läßt sich, wie nach dem Vorbringen der Kläger unterstellt werden muß, der den Klägern zugefügte Schade von dem, den etwa die mitberechtigte Fischerinnung erlitten hat, trennen und gesondert berechnen und feststellen, so hat die Beklagte nicht das Recht, eine gemeinschaftliche Geltendmachung der beiden selbständigen Entschädigungsforderungen zu verlangen. Insbesondere kann sie ein solches Verlangen auf den vom Vorderrichter angezogenen § 450, I. 5 A.L.R. nicht stützen, da diese Gesetzesvorschrift nur dann Anwendung findet, wenn sich Jemand in einem Vertrage mehreren Personen zu einer und derselben Sache oder Leistung verpflichtet hat. Nr. 464. Nr. 2497.

---

§ 76.

Erbbaurecht. Erbpacht.

B.G.B. §§ 1012—1017.

I. 781 Abs. 2, 961—965. II. 924—928. III. 996—1001. M. III. 36, 37, 467—474. E.G. Art. 63, 68, 131, 133, 143, 182, 184, 196. Windscheid I. §§ 218—223. Stobbe II. §§ 79, 80, 132. Dernburg I. §§ 181, 207—210, 288, 289.

Nr. 1882. I. Sen. 5. Juli 1882. I. 300. 82. Bd. 7, Nr. 45, S. 144.

Ersitzung eines superfiziarischen Rechts. (Gem. R.). Das Recht des Superfiziars unterscheidet sich von einem als Servitut bestellten Nutzungs- oder Gebrauchsrechte dadurch, daß der Superpfiziar, ohne an die dem Servitutberechtigten gezogenen Schranken gebunden zu sein, gleich dem Eigentümer ein unbeschränktes Benutzungsrecht hat und sogar berechtigt ist, in gewissen Grenzen über die Substanz des Gegenstandes seines Rechtes zu verfügen. Daher muß derjenige, welcher den Erwerb eines superfiziarischen Rechtes durch Ersitzung behauptet, den Nachweis bringen, daß solche Besitzhandlungen vorgenommen sind, aus denen sich die Ausübung einer über die Grenze des Servitutrechts hinausgehenden Berechtigung ergiebt. Der bloße Wille, ein superfiziarisches oder noch stärkeres Recht auszuüben, genügt zur Ersitzung desselben nicht; es ist erforderlich, daß sich dieser Wille durch entsprechende Handlungen bethätigt hat. Nr. 1907.

Nr. 1883. I. Sen. 13. Juni 1883. I. 265. 83. Bd. 9, Nr. 49, S. 194.

Veräußerung eines bestehenden superfiziarischen Rechts. (Gem. R.). Das Recht, welches dem Verkäufer (an dem verkauften Eishause) zustand, war unstreitig nicht Eigentum, sondern nur superfiziarisches Recht. Den Erwerb desselben, welcher nicht durch Verlassung bewirkt wurde, weil für das Eishaus ein Folium im Stadtbuche nicht eröffnet war, beurteilt das Berufungsgericht nach dem örtlich geltenden gemeinen Recht. Es nimmt an, daß die Übertragung eines bestehenden Superfizienrechts durch Willenserklärung unter Lebenden ebenso wie die Übertragung des Eigentums einen Traditionsakt erfordert. Diese Ansicht ist zwar nicht unbestritten. Es ist jedoch dem Berufungsgericht beizustimmen, weil seiner Ansicht die l. 1 § 7 Dig. de superf. 43, 18 zur Seite steht.

Nr. 1884. VI. Sen. 4. Oktober 1888. VI. 90. 88. Bd. 22, Nr. 40, S. 195.

Superfizies. Privation. Untergang durch Nichtgebrauch. Ersitzung der Freiheit des Eigentums gegenüber dem Superfiziar. (Gem. R.). Ob bei der Superfizies, wie bei der Emphyteuse, Privation wegen Nichtzahlung des Grundzinses stattfindet, indem hier die in l. 54 § 1, l. 56 Dig. loc. 19, 2 und c. 3 X° de loc. et cond. 3, 18 enthaltene Bestimmung, wonach zweijährige Nichtzahlung des Mietzinses den Sachmieter seines Rechtes auf weitere Fortdauer des Mietverhältnisses verlustig macht, entsprechend anzuwenden sei, ist nach gemeinem Rechte streitig. Das Reichsgericht nimmt an, daß das Rechtsinstitut dieser Privation bei der Superfizies keine Geltung hat, weil die analoge Anwendung jener Bestimmung auf ein so singuläres Institut nicht zulässig erscheint. — Ferner ist das Rechtsinstitut der Aufhebung durch Nichtgebrauch während eines gewissen Zeitraums ein den Servituten (mit Ausnahme der städtischen Realservituten) von dem alten römischen Civilrechte her eigentümliches; und es würde an jedem Grunde fehlen, dasselbe auf die geschichtlich auf einem ganz anderen Boden, nämlich dem des prätorischen bezw. des neueren römischen Kaiserrechtes, erwachsene Emphyteuse und Superfizies zu übertragen. Dagegen unterliegt es keinem Bedenken, das allgemeine Institut der Ersitzung nach gemeinem Rechte auch auf die Befreiung des Grundeigentums von einem darauf lastenden superfiziarischen oder

emphyteutischen Rechte anzuwenden; und zwar nicht bloß das Institut der ordentlichen, mit dem Ablaufe von zehn (bezw. zwanzig) Jahren sich vollziehenden Ersitzung, sondern auch auf das der außerordentlichen Ersitzung der Freiheit des Eigentums (vergl. c. 8 § 1 Cod. de praescr. 7, 39). Im vorliegenden Falle fehlte es für die ordentliche Ersitzung an einem geeigneten Titel und dem darauf gegründeten guten Glauben des Beklagten. Der Mangel an dem geeigneten Titel hinderte aber nicht die außerordentliche Ersitzung. Die Ansicht, daß auch, wer sich auf eine außerordentliche Ersitzung beruft, seinerseits einen Besitztitel nachweisen müsse, ist nicht richtig. Das römische Gesetz erfordert eben nur, daß der fragliche Besitz in gutem Glauben begonnen sei, und das wird bis zum Gegenbeweise vermutet. Im vorliegenden Falle ist in der anderweitigen Vermietung der fraglichen Grundfläche und in der Benutzung derselben zu Marktzwecken sowie als Lagerplatz von seiten der beklagten Stadtgemeinde ein thatsächlicher Zustand zu finden, welcher mit der Ausübung des Superfiziarrechts des Klägers unvereinbar war.

Nr. 1885. II. Hilfs-Sen. 22. September 1881. V^a. 581. 81. Bd. 6, Nr. 68, S. 241.

Ersitzung einer Erbpachtgerechtigkeit. § 2 Nr. 2 des Gesetzes vom 2. März 1850. (Preuß. R.). Der Ansicht des vormaligen preußischen Obertribunals in dem Urteile vom 28. November 1867 (Entscheidungen Bd. 59, S. 152), daß eine vor Erlaß des Gesetzes vom 2. März 1850 begonnene Ersitzung einer Erbpachtgerechtigkeit nach diesem Zeitpunkt nicht fortgesetzt werden und zur Erwerbung des Eigentums nicht führen kann, weil zur Eigentumsersitzung der Eigentumsbesitz während der ganzen Verjährungszeit erforderlich sei, es aber an diesem bis zum Jahre 1850 gefehlt habe und das Gesetz vom 2. März 1850 in Ermangelung rückwirkender Kraft den vorherigen bloß unvollständigen Besitz nicht in einen vollständigen habe umwandeln und auch der Erbpächter nach Erlaß des Gesetzes gemäß § 69, I. 7 A.L.R. den Willen, nunmehr vollständiger Besitzer zu sein, nicht habe annehmen können, kann nicht beigestimmt werden. Der Grund des Eigentumserwerbes ist nicht die Ersitzung, sondern die Bestimmung des § 2 Nr. 2 des cit. Gesetzes, daß das Eigentum des Erbverpächters aufgehoben werde und der Erbpächter lediglich auf Grund des Gesetzes Eigentum erwerbe. Auf Ersitzung beruht nur der Erwerb des erblichen Nutzungsrechtes und dazu bedarf es nicht des Eigentumsbesitzes, sondern nur des unvollständigen Besitzes des Grundstücks und des vollständigen Besitzes des erblichen Nutzungsrechtes. Der verjährende Erbpächter besaß im vorliegenden Falle in der Meinung, daß er eine Erbpachtgerechtigkeit an der fraglichen Parzelle, als zur Mühle gehörig, in rechtsverbindlicher Weise bereits erworben habe. Den Besitz in dieser Willensmeinung auch nach dem Gesetz vom 2. März 1850 fortzusetzen, hindert das Gesetz nicht. Auch steht der § 69, I. 7 A.L.R. der Umwandlung des unvollständigen Besitzes in einen vollständigen nicht entgegen. Denn der Erbpächter erlangte den vollständigen Besitz hier nicht durch seinen bloßen Willen, sondern auf Grund der Bestimmung des Gesetzes, wonach das Eigentum des Erbverpächters aufgehoben und auf den Erbpächter übertragen ist. Der nunmehrige Eigentumsbesitz enthält aber auch zugleich den Besitz eines erblichen Nutzungsrechts, das im Eigentum enthalten ist, erscheint daher zur Fortsetzung der Ersitzung eines solchen geeignet, und es bedarf somit nicht der nachträglichen Umwandlung des früheren unvollständigen Besitzes in einen vollständigen, die freilich in Ermangelung der rückwirkenden Kraft des Gesetzes nicht angenommen werden könnte. — Das Gesetz vom 2. März 1850 erklärt für die Zukunft nicht den Erwerb eines erblichen Nutzungsrechts überhaupt, sondern nur den Erwerb eines solchen ohne gleichzeitigen Erwerb des Eigentums als unzulässig. Hieraus folgt aber nicht die gesetzliche Unzulässigkeit der Erwerbung eines erblichen Nutzungsrechts durch Verjährung und die Unterbrechung einer solchen bereits vorher begonnenen durch die Rechtskraft des Gesetzes. Dem Erwerbe eines erblichen Nutzungsrechts durch Verjährung steht weder der § 664, I. 9 A.L.R.

noch auch der Grundsatz entgegen, daß Rechte, die durch Vertrag nicht erworben werden können, auch nicht Gegenstand erwerbender Verjährung sein können, da weder ein ausdrückliches Verbotsgesetz gegen den Erwerb eines vollständigen erblichen Nutzungsrechts besteht noch der § 91 des Gesetzes vom 2. März 1850 die vertragsmäßige Übertragung eines solchen absolut ausschließt, sondern nur Anordnungen trifft, die es unmöglich machen, daß ein solcher Vertrag die Wirkung habe, das vollständige erbliche Nutzungsrecht an einem Grundstück ohne Eigentum zu übertragen. Der Gesetzgeber hat es absichtlich unterlassen, die Unterbrechung der Verjährung eines erblichen Nutzungsrechtes anzuordnen, weil sein Wille dahin ging, dieselbe solle auch nach 1850 mit der Wirkung vollendet werden können, daß sich das erworbene Nutzungsrecht in Eigentum verwandelt.

Nr. 1886. III. Sen. 24. Juni 1887. III. 63. 87. Bd. 18, Nr. 52, S. 252.

Zulässigkeit der Abtrennung des Rechts auf den Bezug der Erbpacht von dem Gute, von welchem ein Grundstück in Erbpacht ausgegeben ist. (Gem. R.). Wer ein ihm gehöriges Grundstück einem Anderen in Erbpacht giebt, entäußert sich hierdurch nicht des Eigentums daran. Er behält das sogen. Obereigentum, womit das Recht auf den Bezug der Erbpacht und des etwaigen Weinkaufs sowie auch das ihm etwa für gewisse Fälle (Zahlungssäumigkeit des Erbpächters, Deterioration des Erbpachtstückes) zustehende Rückfallsrecht untrennbar verknüpft sind. Veräußert er sein Obereigentum, so gehen hiermit von selbst auch alle diese Rechte auf den Erwerber über, und wenn umgekehrt in dem Veräußerungsvertrage nur das Recht auf die erbpachtlichen Gefälle als Gegenstand der Veräußerung bezeichnet ist, so ist hierdurch auch zugleich das mit diesem Recht identische Obereigentum in der Veräußerung befaßt. Demnach ist die Person des Erbverpächters vermöge seines Obereigentums sowie die Person seines jeweiligen Nachfolgers im Obereigentum zugleich immer rechtsnotwendig der Inhaber und das Subjekt des Rechts auf den Bezug der Erbpacht und des etwaigen Weinkaufes. Hieraus ergiebt sich, daß ein Gutseigentümer, welcher ein zu seinem Gute gehöriges Grundstück in Erbpacht giebt, hiermit keineswegs ein Realrecht für das Gut als solches begründet. Er erwirkt das Recht auf den Bezug der Erbpacht ebenso wie in allen anderen Fällen der Errichtung eines Erbpachtverhältnisses für sich als den Obereigentümer des Erbpachtstückes und er kann über das ihm aus seinem Eigentum übriggebliebene Obereigentum nebst diesem in demselben enthaltenen Rechte nach wie vor in ganz demselben Umfange verfügen, in welchem er vor dem Abschluß des Erbpachtkontraktes über das noch in seinem vollen Eigentum stehende Grundstück disponieren durfte. Durch die Eingehung des Erbpachtsverhältnisses ist aber die Zugehörigkeit des Grundstückes zu dem Gute nur insoweit berührt, als das Nutzeigentum davon durch die Übertragung auf den Erbpächter von dem Gute abgetrennt ist; im Sinne des dem Gutseigentümer verbliebenen Obereigentums ist das Grundstück nach wie vor Bestandteil des Gutes und infolge hiervon ist auch das in dem Obereigentum befaßte Recht auf den Bezug der Erbpacht Bestandteil des Gutes. Der jeweilige Gutseigentümer ist jedoch kraft seines Eigentumsrechts befugt, diesen Bestandteil des Gutes gleich jedem anderen Bestandteil von demselben abzutrennen und besonders zu veräußern oder auch bei einer Veräußerung des übrigen Gutes separat für sich zurückzubehalten, soweit er nicht in dieser Befugnis durch landesrechtliche Zerstückelungsverbote beschränkt ist. Der Rechtssatz, daß eine aktivreale Reallastberechtigung nicht einseitig durch den Eigentümer des berechtigten Grundstückes von demselben abgetrennt und auf ein anderes Rechtssubjekt, insbesondere auch nicht auf seine eigene Person übertragen werden kann (Nr. 1937) findet hier also keine Anwendung.

Nr. 1887. III. Sen. 2. April 1886. III. 63. 86. Bd. 15, Nr. 39, S. 184.

Rückforderung des Erbpachtgrundstückes seitens des Erbverpächters bei Nichtzahlung der Erbpacht. (Gem. R.). Unter der Bezeichnung „Erbpacht" werden in

den verschiedenen deutschen Territorien sehr verschiedene Rechtsverhältnisse an Grund und Boden verstanden und es haben sich die Rechtsverhältnisse der Erbpächter ganz verschieden gestaltet und entwickelt. Wenn nun auch vielfach Bauergüter, an denen dem Besitzer ein erhebliches Nutzungsrecht von der Gutsherrschaft verliehen worden ist, als Erbpachtgüter bezeichnet werden, so darf doch nicht der allgemeine Grundsatz aufgestellt werden, daß die für derartige Bauergüter in der betreffenden Gegend geltenden Rechtsnormen ohne weiteres auch für die Rechtsverhältnisse der Erbpächter dieser Gegend maßgebend seien, daß nach ihnen ihre Rechte und Pflichten, insbesondere auch die Befugnis des Erbverpächters zur Entsetzung des Erbpächters sich richte; es würde dies vielmehr nur dann zulässig sein, wenn entweder unter der Bezeichnung „Erbpacht" gerade das in der betreffenden Gegend für die bäuerlichen Besitzungen geltende Rechtsverhältnis, z. B. das Meierverhältnis, verstanden würde oder wenn gewohnheitsrechtlich die für diese Art von bäuerlichen Grundbesitzungen bestehenden Rechtsnormen für die Erbpachtverhältnisse Geltung erlangt hätten. — Dem Erbverpächter steht das Recht, den Erbpächter zu entsetzen, nur dann zu, wenn es ihm im Vertrage verliehen oder durch das in der betreffenden Gegend geltende Recht, Gesetz oder Gewohnheit beigelegt ist. Die Folgerung, daß, weil nach diesem Rechte der betreffenden Gegend der Kolon abgemeiert werden könne, wenn er drei Jahre mit der Zahlung der Pacht im Rückstande ist, auch dem Erbverpächter gegenüber dem Erbpächter ein solches Recht zustehe, ist eine unrichtige. — Die Frage, ob durch den vorliegenden Vertrag eine römischrechtliche Emphyteuse begründet sei, ist zu verneinen. Der Inhalt der Vertragsurkunde bietet dafür keinen Anhalt, daß die Kontrahenten eine Emphyteuse haben begründen wollen. Der Vertrag wird ausdrücklich als „Erbpachtvertrag" und das dadurch verliehene Recht als „Erbpacht" bezeichnet. Im Zweifel ist da, wo deutschrechtliche Erbpachtverhältnisse bestehen, davon auszugehen, daß die Kontrahenten, wenn sie einen „Erbpachtvertrag" schließen, diese deutschrechtlichen Erbpachtverhältnisse und nicht eine römischrechtliche Emphyteuse haben begründen wollen.

---

§ 77.

Dienstbarkeiten.

B.G.B. §§ 1018—1093.

I. 966—1050. II. 929—1002. III. 1002—1076. M. III. 475—571. D. 140—142. E.G. Art. 72, 80 Abs. 2, 96, 113—116, 128, 164, 184, 185, 191, 196, 197. Windscheid I. §§ 200—217. Stobbe II. §§ 97, 98. Dernburg I. §§ 274—288, 292—304.

Grunddienstbarkeiten.

Nr. 1888. I. Sen. 24. März 1880. I. 60. 80. Bd. 1, Nr. 121, S. 329.

Real-Servitut. (Gem. R.). Für den Inhalt und den Umfang einer Real-Servitut ist nicht das lediglich persönliche Interesse des jedesmaligen Eigentümers des herrschenden Grundstückes, sondern vielmehr das Bedürfnis des letzteren d. h. seines Eigentümers als solchen, nicht auch als Eigentümers anderer Grundstücke oder wegen sonstiger persönlicher Verhältnisse maßgebend. l. 5 § 1, l. 6, 24, 29; l. 33 § 1 Dig. de serv. praed. rust. 8, 3; l. 44 Dig. loc. cond. 19, 2; c. 12 Cod. de serv. et aqua (3, 34).

Nr. 1889. III. Sen. 13. April 1880. III. 355. 79. Bd. 1, Nr. 122, S. 331.

Real-Servitut. Servitus fluminis recipiendi und cloacae immittendae. (Gem. R.). Anlangend das bestrittene Zuflußgebiet, so ist nach den Gesetzen, insbesondere nach

c. 12 Cod. de serv. et aqua 3, 34 für den Anfang der Dienstbarkeit nicht die Größe des herrschenden oder des dienenden Grundstücks, sondern die Art und Weise der Begründung maßgebend, und es kann nach l. 24 Dig. de serv. pr. rust. 8, 3 die Ausübung einer bestehenden Servitut räumlich nicht durch den Hinzutritt neuer Grundflächen zum herrschenden Grundstück erweitert werden. Bei der Begründung der Servitut durch Verjährung ist nach dem Grundsatze tantum praescriptum quantum possessum eine gewisse Gleichartigkeit der einzelnen Ausübungshandlungen erforderlich, wenn aus einzelnen Vorkommnissen und begrenztem Besitze der Inhalt des erworbenen Rechts festgestellt werden soll. Dagegen ist für die Erhaltung der durch Verjährung einmal erworbenen Servitut nicht nötig, daß die Dienstbarkeit stets bis zur äußersten Grenze des Rechtes ausgeübt wird. l. 18 Dig. de serv. pr. rust. 8, 3; l. 8 § 1, l. 9 Dig. quemadm. serv. amitt. 8, 6. Wenn die Gemeinde zugleich in ihrem Interesse und demjenigen der betreffenden Ortseinwohner die streitige Servitut in Anspruch nimmt, so muß sie insoweit auch für Eingriffe in das Eigentum des dienenden Grundstücks aufkommen, deren sich einzelne Bewohner über den Inhalt der bestehenden Servitut hinaus (durch Zuführung stinkender Flüssigkeiten) schuldig machen. Für die Frage, ob dem Servitutberechtigten die später getroffenen Veränderungen innerhalb des Zuflußgebietes zu gestatten seien, ist von Erheblichkeit, ob die Dienstbarkeit in belästigenderer Weise ausgeübt wird, als es vordem der Fall war, ferner ob das Recht zur Vornahme jener Neuerungen schon durch Verjährung begründet war. Das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks kann unter Umständen ebenfalls von Belang sein. Doch darf der Servitutberechtigte die Dienstbarkeit nicht über den bestimmten Zweck hinaus und nicht zum Nachteile des belasteten Grundstücks ausdehnen, es sei denn, daß diese Erweiterung unter veränderten Verhältnissen bereits bei Begründung der Servitut erweislich in dem mutmaßlichen Willen der Beteiligten lag. l. 20 §§ 4, 5 Dig. de serv. praed. urb. 8, 2; l. 2 Dig. de aqua quot. 43, 20. — Die Vorschrift, daß Servituten civiliter ausgeübt werden sollen (l. 9 Dig. de serv. 8, 1) läßt es zu, daß, wenn sich über das Maß der zulässigen Ausdehnung der Servitut Zweifel ergeben, solche, wie bei nachbarlichen Irrungen überhaupt, durch billiges richterliches Ermessen unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles zu lösen sind. Vergl. l. 13 § 1 Dig. de serv. praed. rust. 8, 3.

Nr. 1890. III. Sen. 25. Juni 1880. III. 76. 80. Bd. 2, Nr. 41, S. 159.

Fahrtrecht. (Gem. R.). Ist bei der vertragsmäßigen Konstituierung eines Fahrtrechts dessen Umfang und Richtung nicht ausdrücklich bestimmt worden, so ist das dienende Grundstück an und für sich ganz und in allen seinen Teilen belastet; es kann aber der Berechtigte genötigt werden, mit billiger Berücksichtigung der Interessen des Verpflichteten eine bestimmte Strecke zur Ausübung der Servitut zu wählen, und es hat, im Fall er dies unterläßt, richterliches Ermessen einzutreten. l. 13 §§ 1, 3; l. 21, l. 26 Dig. de serv. praed. rust. 8, 3. l. 6 § 1 Dig. quaemadm. serv. 8, 6. Die Ausübung des Wahlrechts kann sowohl ausdrücklich als stillschweigend erfolgen. Letzteres ist namentlich dann anzunehmen, wenn entweder der Berechtigte einen Weg anlegt, oder aus der fortgesetzten Einhaltung einer bestimmten Richtung nach den Umständen des Falles ein Einverständnis der Beteiligten darüber sich ergiebt, daß nur die seither befahrene Strecke fernerhin dienstbar sein solle. Nichts Anderes bestimmt denn auch die l. 9 Dig. de serv. 8, 1. Ist dies nicht der Fall, so bleibt die Regel bestehen, daß im Zweifel bei der Dienstbarkeit des Fahrweges das ganze Grundstück des Verpflichteten belastet ist. Daraus folgt denn für den vorliegenden Fall, daß das streitige Fahrtrecht bei der eingetretenen Unmöglichkeit der Ausübung auf der seither befahrenen Strecke nicht verloren gegangen ist. Nr. 1891.

Nr. 1891. III. Sen. 25. Juni 1880. III. 76. 80. Bd. 2, Nr. 41, S. 159.

Beweislast. (Gem. R.). Im Falle Nr. 1890 stützte sich die erhobene Klage auf zwei wesentlich verschiedene Momente: 1. auf die ausdrückliche oder doch aus den Umständen zu folgernde Konstituierung eines beschränkten Fahrtrechts über die fragliche Strecke, 2. auf die Bestellung eines unbestimmten Fahrtrechts mit nachfolgender Bestimmung der Linie durch Einverständnis der Parteien. Der von manchen Rechtslehrern aufgestellte Satz: „daß im Zweifel gegen das Vorhandensein der Servitut zu entscheiden sei", ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Im vorliegenden Falle kommt nur der Inhalt einer durch Vertrag konstituierten Servitut in Betracht und dieser bestimmt sich nach dem Willen der Kontrahenten, der wiederum unter den für Rechtsgeschäfte geltenden Auslegungsregeln steht. Der Bestellungswille selbst ist im Zweifel zu Gunsten des Bestandes, jedoch zu Ungunsten des Umfanges der Dienstbarkeit auszulegen. Kann daher der Kläger nicht die zum ersten Klaggrunde aufgestellten Behauptungen erweisen und ist demgemäß davon auszugehen, daß das Fahrtrecht unbestimmt bestellt worden ist, so muß der Beklagte so lange zu allen Handlungen, die überhaupt bei solcher Dienstbarkeit gesetzlich erlaubt sind, und an allen Teilen der belasteten Sache für befugt erachtet werden, als nicht der Verpflichtete eine seitens des Berechtigten bereits getroffene Wahl in der Ausübung des Fahrtrechts auf einer bestimmten Wegestrecke darzuthun imstande ist.

Nr. 1892. VI. Sen. 25. Mai 1891. VI. 60. 91. Bd. 27, Nr. 40, S. 164.

Einfluß der Errichtung eines einheitlichen Gebäudes auf mehreren Grundstücken, deren einem eine Grunddienstbarkeit an einem dritten Grundstücke zusteht, auf den Fortbestand dieser Dienstbarkeit und auf das Recht, sie auszuüben. (Gem. R.). Nach gemeinem Recht wird die Individualität eines Grundstückes als herrschenden keineswegs durch irgend eine Art der Bebauung desselben vernichtet. Es kann am herrschenden Grundstücke allerdings so gut auf diesem Wege, wie auf manchem anderen, z. B. schon durch die Verwandelung des bebauten Grundstückes in ein unbebautes, möglicherweise thatsächlich eine solche Veränderung bewirkt werden, daß die Servitut nach Maßgabe ihres besonderen Inhalts nun einstweilen nicht ausgeübt werden kann; aber trotzdem besteht doch das herrschende Grundstück als ein besonderes fort, und ebendeshalb bleibt auch die Servitut bis auf weiteres bei Bestand. In l. 6 § 1 Dig. comm. praed. 8, 4 ist zwar gesagt, daß zu Gunsten eines Teiles eines bebauten Grundstückes eine Dienstbarkeit nur dann bestellt werden kann, wenn aus dem entsprechenden Teile des Gebäudes auch thatsächlich ein abgesondertes Haus gemacht wird. Allein, abgesehen davon, daß kein Grund gegeben ist, diese Bestimmung auf andere Dienstbarkeiten als Gebäudeservituten zu beziehen, und daß man vielleicht bezweifeln könnte, ob man es hier, wo es sich um eine sogen. Fleetgangsgerechtigkeit an einem an derselben Straße gegenüber belegenen Hause in Hamburg handelt, mit eigentlichen Gebäudeservituten zu thun habe, was indessen dahingestellt bleiben kann, würde jedenfalls aus der Unmöglichkeit, eine solche Servitut wie die hier fragliche für einen Teil eines einheitlich bebauten Grundstückes neu zu bestellen, noch nicht folgen, daß eine schon bestehende Servitut dieser Art durch die einheitliche Bebauung des herrschenden Grundstücks ihr Ende finden müßte. Denn keineswegs geht allemal eine Servitut durch den Wegfall einer derjenigen Voraussetzungen unter, ohne die sie nicht hätte entstehen können. Nr. 1917. Wenn dabei von einem „Wiederaufleben" der Dienstbarkeit mit dem Wegfalle des Hindernisses die Rede ist, so ist das nicht in dem Sinne zu verstehen, als ob die Servitut inzwischen rechtlich zeitweilig untergegangen gewesen wäre, sondern nur mit Rücksicht auf die zeitweilig dazwischen getretene thatsächliche Unmöglichkeit ihrer Ausübung. Vergl. l. 20 § 2 Dig. de serv. praed. urb. 8, 2; l. 7 § 1 Dig. comm. praed. 8, 4; l. 6 pr. Dig. si serv. vind. 8, 5; l. 13, 14 pr. Dig. quemadm. serv. 8, 6. Die Ansicht, daß Gebäudeservituten, dergleichen hier ja mindestens hypo-

thetisch in Frage stehen, überhaupt im Zweifel schon mit dem Untergange desjenigen Gebäudes erlöschen, zu dessen Gunsten sie begründet sind, ist nicht gerechtfertigt. Zweifellos gehen alle Dienstbarkeiten mit dem Untergange des berechtigten Subjektes, sei dieses nun eine Person oder ein Grundstück, auch selbst unter; aber auch Gebäudeservituten stehen im Rechtssinne nicht dem auf dem herrschenden Grundstücke errichteten Gebäude, das rechtlich nur als Accession des Grundstückes gilt, sondern nur diesem letzteren in seiner Totalität zu. l. 20 § 2 Dig. de serv. praed. urb. 8, 2 beweist gerade die Fortdauer der Dienstbarkeit im Falle der Zerstörung des Gebäudes, und l. 13 pr. Dig. de serv. praed. rust. 8, 3 führt in entsprechender Anwendung zu demselben Ergebnis. Aus l. 3 Dig. de serv. 8, 1 ist jedenfalls unmittelbar nichts über diese Frage zu entnehmen, und es ist sogar fraglich, ob sie überhaupt den Gegensatz zwischen servitutes praediorum rusticorum und urbanorum betrifft. Gegen die hier mißbilligte Ansicht spricht insbesondere noch, daß nach l. 23 § 1 Dig. de serv. praed. urb. 8, 2 auch für zukünftige Gebäude im voraus Gebäudeservituten bestellt werden können. Somit mußte das angefochtene Urteil insoweit aufgehoben werden, als es die Feststellung ablehnt, daß dem Kläger die fraglichen Gerechtsame auch jetzt zustehen. Dagegen ist mit Recht dem Kläger die Feststellung versagt, daß er auch jetzt zur Ausübung der fraglichen Gerechtsame berechtigt sei. Denn dieser Klagantrag war offenbar in dem Sinne gestellt, daß der Kläger das Recht in Anspruch nehme, bei dem gegenwärtigen Zustande der herrschenden Grundstücke die Gerechtsame in der Weise auszuüben, wie es nach Maßgabe dieses Zustandes einzig möglich ist; nun hat aber das Berufungsgericht ohne Verletzung revisibler Rechtsnormen dargelegt, daß die einzige gegenwärtig mögliche Art der Ausübung dem Inhalte der streitigen Dienstbarkeiten nicht entsprechen würde. Zweifellos darf eine Grundgerechtigkeit nicht zum Vorteile anderer Grundstücke ausgenutzt werden, als zu deren Gunsten sie erworben ist (l. 24 Dig. de serv. praed. rust. 8, 3); nun kann aber die Möglichkeit, eine solche Einschränkung in der Ausübung durchzuführen, dann ganz wegfallen, wenn das herrschende Grundstück in Verbindung mit anderen Grundstücken mit einem einheitlichen Gebäude besetzt ist. In dieser Beziehung verhalten sich eben bebaute Grundstücke rechtlich anders als unbebaute; während die letzteren immer je nach dem Willen der Berechtigten in beliebiger Weise körperlich geteilt gedacht werden können, ist dies bei jenen nicht der Fall, bei ihnen vielmehr die Einteilung durch die Abgrenzung der einzelnen Gebäude gegeben (l. 6 § 1 Dig. comm. praed. 8, 4). Wie eine Dienstbarkeit zwar für ein beliebiges Stück eines unbebauten, nicht aber eines einheitlich bebauten Grundstückes neu erworben werden kann, so kann auch die Ausübung einer bestehenden Dienstbarkeit für einen einzelnen körperlichen Teil eines einheitlich bebauten Grundstückes nach Maßgabe der besonderen Lage des Falles sich als unmöglich darstellen. Ob aber die konkreten Umstände, insbesondere die Art der Bebauung des herrschenden Grundstückes, so beschaffen sind, daß diese Unmöglichkeit vorliegt, das ist Sache der thatsächlichen Beurteilung.

Nr. 1893. V. Sen. 26. April 1884. V. 433. 83. Bd. 11, Nr. 72, S. 312.

Grundgerechtigkeit oder Reallast. (Preuß. R.). Der schon im römischen Recht nicht ganz ausnahmslos (so bei der servitus oneris ferendi) geltende Satz, daß mit einer Grundgerechtigkeit nicht ein Thun des Besitzers des verpflichteten Grundstücks verbunden sein kann, ist zwar auch im preußischen A.L.R. aufrecht erhalten. Auch die landrechtliche Grundgerechtigkeit hat im wesentlichen ein negatives Verhalten des Besitzers des verpflichteten Grundstückes, Nichtthun oder Leiden, zum Gegenstande (§§ 30 ff. I. 22 A.L.R.), und in diesem Begriffe der Servitut im Gegensatze zur Reallast ist in den die Landeskultur betreffenden Gesetzen nichts geändert (vergl. §§ 2, 31 der G.T.O. vom 7. Juni 1821; Art. 1 des Gesetzes betreffend die Ergänzung der G.T.O. vom 2. März 1850, § 7 des Reallastenablösungsgesetzes vom 2. März 1850). Dieser Satz gilt aber im A.L.R. nicht ohne Einschränkung. Die §§ 35 ff. und für einen speziellen

Fall die §§ 55—58 a. a. O. enthalten Ausnahmen. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Grundgerechtigkeit oder eine Realberechtigung im engeren Sinne vorliegt, kommt es darauf an, ob im wesentlichen die Verbindlichkeit des Besitzers des verpflichteten Grundstückes darin besteht, daß er etwas nicht thun darf oder dulden muß, oder darin, daß er Handlungen zu leisten hat. Im vorliegenden Falle ist vom Berufungsrichter unter Erwägung des Sachverhaltes nach vorstehenden Grundsätzen noch zu prüfen, ob die gesamte Berechtigung, Gewährung des Betriebswassers zur Mühle verbunden mit der Wehrbaulast, als eine Grundgerechtigkeit oder als eine Reallast zu erachten sei.

Nr. 1894. III. Sen. 6. Oktober 1885. III. 137. 85. Bd. 14, Nr. 54, S. 214.

Servitut einer Gemeinde an einem Parke oder Garten im Interesse des Publikums. (Gem. R.). Die moderne Rechtsentwickelung hat den römischrechtlichen Grundsatz, daß eine Grunddienstbarkeit nur zum Besten eines bestimmten Grundstückes bestehen kann, nicht festgehalten, vielmehr auch das Bestehen einer Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines ganzen territorialen oder personellen Kreises zugelassen, sofern dieselbe nur die Befriedigung eines konkret begrenzten Bedürfnisses zum Gegenstande hat und den Charakter der Dauer (perpetua causa) an sich trägt. Hiernach kann auch eine Gemeinde zum Besten ihrer Gemeindeangehörigen die Inhaberin einer Servitut sein und es kommen als Servituten, welche einer Gemeinde zustehen, nicht bloß häufig Weide- und Hütungs- sowie Waldnutzungsgerechtigkeiten, sondern auch Weggerechtigkeiten, insbesondere auch Kirchen- und Schulwege, desgleichen Wasserleitungsgerechtigkeiten vor. Nr. 1931. Nr. 1924. Nr. 1918. Kann aber einer Gemeinde eine Weggerechtigkeit zustehen, so kann man es auch nicht für rechtlich unstatthaft halten, daß eine Gemeinde an einer dem Zwecke des Vergnügens und der Erholung dienenden Privatanlage (Park, Garten u. dergl.) eine Servitut des Inhalts besitze, daß ihre Gemeindeangehörigen berechtigt seien, dieselbe zu besuchen und sich daselbst diesen Zwecken entsprechend aufzuhalten. Wenn ferner in dem vorliegenden Vertrage der zeitige Inhaber der dienenden Anlagen auch noch zur gehörigen Unterhaltung derselben dinglich verpflichtet worden ist, so kann auch die Gültigkeit einer solchen zu einer Leistung verpflichtenden Reallast nicht in Zweifel gezogen werden. Auch die rechtliche Statthaftigkeit einer Ausdehnung der Servitut dahin, daß kraft derselben das Recht zum Besuche der Anlagen von Jedermann, dem gesamten Publikum (auch neben den Gemeindeangehörigen) soll ausgeübt werden dürfen, ist nicht zu beanstanden, sofern ein Interesse für die Gemeinde besteht, daß die in der Gemeinde verkehrenden Auswärtigen an der Benutzung der Anlagen teilnehmen dürfen.

Nr. 1895. II. Sen. 30. April 1886. II. 508. 85. Bd. 15, Nr. 82, S. 328.

Aussichtsrecht. Art. 678, 679 code civil. (Rhein. R.). Derjenige, welcher das Recht erworben hat, in geringerer als der durch die Art. 678, 679 code civil vorgeschriebenen Entfernung Aussichtsfenster zu haben, darf dem Nachbar das Verbauen der Aussicht bis auf eben diese Entfernung gemäß Art. 701 code civil untersagen. Darin ändert auch der Umstand nichts, daß das Fenster Aussicht nur auf ein mit keiner Öffnung versehenes Dach gewährt. Dem Eigentümer des herrschenden Grundstückes kommt es nur auf die Aussicht, nicht auf die Einsicht in das Nachbargut an, und jene hat er, und zwar in der Regel in erhöhtem Maße, auch dann, wenn das Fenster auf ein Dach geht. Demnach kann er auch in diesem Falle eine Beeinträchtigung seiner Dienstbarkeit gegenüber dem Art. 701 code civil geltend machen. — Zu einer Unterscheidung zwischen der Aussicht in gerader und der in schräger Richtung liegt umsoweniger Grund vor, als Art. 679 code civil gerade so wie Art. 678 a. a. O. das Verbot des Anbringens von Aussichtsfenstern („on ne peut avoir des vues") ausspricht, mithin auch eine gegen das Verbot des Art. 679 a. a. O. begründete Servitut in

gleicher Weise zu schützen ist wie die entgegen der Bestimmung im Art. 678 a. a. O. erworbene. Von Lichtöffnungen handelt Art. 679 a. a. O. nicht.

Nr. 1896. II. Sen. 21. Februar 1893. II. 288. 92. Bd. 31, Nr. 76, S. 341.

Anwendbarkeit der Art. 676, 677 code civil auf Fenster, die schon vor Einführung des Gesetzbuches bestanden haben. Begründung einer Lichtservitut durch dreißigjähriges Bestehen von Fenstern. (Rhein. R.). Es handelt sich hier lediglich um die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über die Ausübung des Eigentums. Hierzu gehören die sogen. Legalservituten, die ohne alle Rücksicht auf Parteivereinbarung gewisse vom Gesetz selbst im Interesse der öffentlichen Ordnung aufgestellte Einschränkungen in der Ausübung des Eigentumes gegenüber anderen Eigentümern darstellen. Die Vorschriften, die ein neues Gesetz in dieser Hinsicht giebt, greifen sofort in die bestehenden Zustände ein, wenn auch das frühere Gesetz andere Vorschriften hatte. Nr. 2146. Von wohlerworbenen Rechten, die lediglich durch die anderweiten Vorschriften des alten Gesetzes erworben sein sollten, kann keine Rede sein, weil es sich eben nur um den Inhalt des gesetzlichen Begriffs des Eigentums handelt, den jeder neue Gesetzgeber frei nach seinem Ermessen gestalten kann und auf den kein Privater einen Anspruch hat. Wenn also die fraglichen Fenster in dem jetzigen den Bestimmungen der Art. 676, 677 code civil nicht entsprechenden Zustande schon vor Einführung dieses Gesetzbuchs vorhanden waren, so war der damalige Rechtszustand allerdings der, daß einerseits der Besitzer des Hauses des Klägers dem Nachbar das Bebauen seines Grundes bis dicht an die Fenster nicht untersagen konnte, andererseits aber auch der Nachbar nicht die Entfernung oder eine anderweitige Einrichtung der Fenster verlangen durfte. Aber auf ein Fortbestehen dieses vom Gesetz selbst bestimmten Rechtszustandes über die Zeitdauer dieses Gesetzes hinaus konnte keiner der beiden Eigentümer durch die bloße Thatsache des Bestehens jenes Zustandes ein Recht erwerben. Mit der Einführung des gedachten Gesetzbuches war vielmehr der Rechtsvorgänger des Beklagten sofort in der Lage, vom Rechtsvorgänger der Kläger zu verlangen, daß er die Fenster vergittere und verstäbe und in jeder Hinsicht nach den Vorschriften der angeführten Artikel des code civil einrichte. Daraus folgt zugleich, daß auf der anderen Seite der Besitzer des Hauses des Klägers, wenn jene Beschränkungen von ihm nicht verlangt wurden, nunmehr auf Grund dieses seines Besitzstandes ein Servitutrecht gegen des Nachbars Grund erwerben konnte. Anders würde die Sache liegen, wenn etwa vor Einführung des gedachten Gesetzbuches das in Rede stehende Fensterrecht in der einen oder anderen Weise durch Vereinbarung unter den Vorbesitzern der Parteien geordnet worden wäre oder wenn der Vorbesitzer des Klägers die Fenster auf Grund einer Servitutausübung seit rechtsverjährter Zeit besessen hätte. Nur dann könnte man mit Rücksicht auf das neue Gesetz von wohlerworbenen Rechten sprechen. Das trifft aber nicht zu. Denn erst der code civil faßt das Haben von Fenstern in einer Grundmauer als Ausübung einer Dienstbarkeit auf das Nachbargrundstück auf. Dem gemeinen Recht war diese Anschauung fremd. Die Anbringung solcher Fenster lag innerhalb der Befugnisse des in dieser Hinsicht nicht beschränkten Eigentümers. Das Bestehen dieser konnte daher nicht als besonderer Rechtstitel gelten und die bezügliche Eigentumsbeschränkung des neuen Gesetzes findet bei dem Mangel eines Vorbehaltes in dieser Hinsicht auch gegenüber schon vorhandener Fenstern Anwendung. Danach ist dem Oberlandesgericht beizupflichten, wenn es das streitige Rechtsverhältnis nach den Vorschriften des code civil beurteilt hat. Mit Rücksicht auf diese hat es nun thatsächlich festgestellt, daß die fraglichen Fenster mit ihrer den Vorschriften der Art. 676, 677, nicht entsprechenden Einrichtung seit mehr als dreißig Jahren bestanden haben und daß der Kläger und seine Rechtsvorgänger dadurch seit rechtsverjährter Zeit die Dienstbarkeit gegenüber dem Nachbargrundstück ausgeübt haben, durch die Fenster für ihre Räume Licht zu schöpfen. Auf Grund dieser Feststellung ist das Berufungsgericht unter der weiteren thatsächlichen Annahme, daß die vom Beklagten getroffenen Einrichtungen die

vom Kläger erworbene Dienstbarkeit beeinträchtigen, zu der Entscheidung gelangt, daß dem Klagantrage stattzugeben sei. Diese Entscheidung entspricht den vom Reichsgericht in betreff des Fensterrechts ausgesprochenen Grundsätzen. Nr. 1908. Das gegen die thatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts geltend gemachte Bedenken, es sei die von dem Zeugen bekundete Thatsache, daß die Fenster eine Zeit lang zugenagelt gewesen seien, in betreff des dreißigjährigen Besitzstandes des Klägers nicht berücksichtigt, erscheint nicht gerechtfertigt, denn die Gründe ergeben, daß die fragliche Zeugenaussage vollauf berücksichtigt ist und zu dem Ergebnisse geführt hat, daß das Berufungsgericht den dreißigjährigen Besitzstand für Aussichtsfenster (vues) nicht als bewiesen angenommen hat. Dagegen ist auf Grund der gesamten Beweisaufnahme der Verjährungsbesitz der Fenster als Lichtfenster (jours) festgestellt und diese Feststellung, auf der die Entscheidung beruht, erscheint auch hinreichend begründet.

Nr. 1897. II. Sen. 4. Oktober 1892. II. 156. 92. Bd. 30, Nr. 88, S. 300.

Inhalt der Grunddienstbarkeit, die auf einem Grundstücke befindliche Quelle und deren Ableitung zu dulden. (Rhein. R.). Auf einem Grundstücke des Beklagten befindet sich eine Quelle, bezüglich deren beim Erwerbe des Grundstücks der Erblasser des Beklagten gegenüber den damaligen Besitzern des Grundstücks des Klägers die Verpflichtung übernommen hatte, sie unversehrt zu lassen; auch ist durch rechtskräftiges Urteil der Beklagte für verbunden erklärt, das Legen und Ausbessern der zur Ableitung des Wassers nach dem Brunnen des Klägers dienenden Röhren zu dulden. Auf Grund der Behauptung, daß der Beklagte durch Abgraben der die Quelle speisenden Wasseradern auf dem dienenden Grundstücke *und auf benachbarten Feldstücken und durch Ableitung* des abgegrabenen Wassers *über das dienende Grundstück* nach seinem Hofe die Quelle zum Versiegen gebracht habe, beantragte der Kläger, den Beklagten zur Beseitigung *aller* Anlagen zu verurteilen, durch die er das Wasser der Quelle bezw. der sie speisenden Wasseradern des dienenden Grundstücks über das letztere in sein nebenliegendes Anwesen geleitet habe. Das Landgericht verurteilte nach dem Klagantrage. Auf die Berufung des Beklagten wurde der Anspruch des Klägers abgewiesen, soweit nicht die Anlagen des Beklagten dazu dienten, Wasser auf dem dienenden Grundstücke selbst abzufangen. Die Revision des Klägers war erfolglos. Eine Verletzung der Vorschrift des Art. 701 code civil liegt nicht in der Ansicht des Berufungsgerichts, daß es den Pflichten, die dem Beklagten aus der Dienstbarkeit des Grundstückes erwachsen, nicht widerspreche, wenn er das auf den Nachbargrundstücken gewonnene Wasser über das dienende Grundstück ableitet, sofern dies nur in der Weise geschieht, die auf dem dienenden Grundstücke selbst die Rechte des Klägers auf Bezug und Ableitung des dortigen Quellwassers nicht beeinträchtigt. Auch dies ergiebt sich aus der Natur der Grunddienstbarkeiten überhaupt und aus dem Inhalte der in Rede stehenden Dienstbarkeit insbesondere. Die Grunddienstbarkeit als eine Last, die auf ein Grundstück gelegt ist, legt dem Besitzer des letzteren Beschränkungen nur in denjenigen Rechten auf, die aus seinem Eigentume an diesem Grundstück fließen, und der Umfang dieser Beschränkungen richtet sich nach dem Inhalte der besonderen Dienstbarkeit. Im vorliegenden Falle besteht der letztere in der Berechtigung des Klägers, das Wasser einer auf dem Grundstücke der Beklagten befindlichen Quelle zu sammeln und abzuleiten; die Rechte des Beklagten als Grundeigentümers leiden also nur insofern Einschränkung, als er seinerseits *das auf dem Grundstücke hervortretende Wasser* sich nicht aneignen, die Fassung und Leitung des Klägers nicht stören darf und Erhaltungsarbeiten des Letzteren dulden muß. Im übrigen ist die Benutzung der Liegenschaft seinem Ermessen als Eigentümer anheimgegeben und es steht ihm insbesondere zu, auf ihr unter- und oberirdische Leitungen herzustellen, durch die er das *anderswo* gewonnene Wasser einem von ihm gewählten Ziele zuführt, vorausgesetzt immer, daß diese Leitungen so eingerichtet sind, daß das auf dem dienenden Grundstück

selbst hervortretende Wasser nicht in sie eintreten kann. Wäre nun die Behauptung des Klägers richtig, daß das vom Beklagten aus Nachbargrundstücken über das dienende Grundstück geleitete Wasser durch die auf jenen Grundstücken vorgenommenen Arbeiten der Quelle des Klägers entzogen worden sei, so würde dadurch, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, die Rechtslage in keiner Weise geändert. Grabungen, die der Eigentümer gemäß des ihm in Art. 641 code civil gewährten Rechts vornimmt, hören nicht auf, berechtigte zu sein, wenn dadurch der Quelle des Nachbarn das Wasser entzogen wird. Nr. 1769. Nr. 2118. Die Aufgrabungen selbst sind also berechtigte; das durch sie gewonnene Wasser wird Eigentum des Beklagten, über welches er nach Gutdünken verfügen kann, und dessen Ableitung über das dienende Grundstück verletzt Rechte des Klägers aus der Dienstbarkeit nur, wenn und soweit die Leitung geeignet ist, Wasser, das auf dem dienenden Grundstücke hervortritt, aufzunehmen. Die rechtliche Beurteilung des Falles bleibt endlich auch dieselbe, wenn es richtig wäre, daß das infolge der Aufgrabungen auf den Nachbargrundstücken hervortretende Wasser ohne die Ableitungsanlagen des Beklagten dem dienenden Grundstücke von selbst wieder zufließen würde und daß der Beklagte sich dies Wasser nur unter Benutzung des dienenden Grundstückes zur Ableitung für seine Zwecke nutzbar machen könne; denn, ganz abgesehen davon, daß der Berufungsrichter die Unrichtigkeit des letzteren Umstandes feststellt und eine lediglich dem Zwecke der Chikane dienende Ausnutzung seiner Rechte dem Beklagten nicht zur Last gelegt wird, bleiben auch bei dieser Sachlage die beiden Grundlagen der obigen Ausführung unberührt stehen, daß nämlich der Beklagte das Wasser kraft seines Eigentums an den benachbarten Grundstücken gewonnen hat und daß er es kraft seines Eigentums an dem dienenden Grundstücke über dieses ableitet, ohne dort den Beschränkungen zuwiderzuhandeln, die ihm die Dienstbarkeit auferlegt. Der Satz: „Das dienende Grundstück darf in keiner Weise dazu beitragen, daß die Dienstbarkeit ganz oder teilweise hinfällig wird“, ist durchaus richtig, wird aber unrichtig angewendet, wenn daraus etwas zu Gunsten des Klägers gefolgert wird; denn das Hinfälligwerden der Dienstbarkeit des Klägers ist, soweit es überhaupt eingetreten, lediglich durch Eigentumshandlungen des Beklagten auf nicht belasteten Grundstücken bewirkt; das dienende Grundstück wird nur dazu benutzt, das mit jener Wirkung Gewonnene dem Beklagten wirtschaftlich nutzbar zu machen, und es macht für die rechtliche Beurteilung der Sachlage keinen Unterschied, daß durch den Besitz des dienenden Grundstücks jene Nutzbarmachung wesentlich erleichtert oder es dem Beklagten vielleicht allein ermöglicht wird, den angestrebten wirtschaftlichen Zweck zu erreichen.

Nr. 1898. V. Sen. 15. April 1885. V. 334. 84. Bd. 13, Nr. 59, S. 249.

Bestellung einer Grundgerechtigkeit bei Veräußerung eines Grundstücks. (Preuß. R.). R. hat vor etwa 13 Jahren als Eigentümer des jetzt dem Beklagten gehörigen Brauereigrundstücks das Wasser eines auf seinem Grundstücke befindlichen Brunnens mittels einer tief unter der Erdoberfläche gehenden innen ein Kupferrohr enthaltenden gemauerten Leitung nach einem auf demselben Grundstücke befindlichen Pumpwerk überführen lassen. In ihrem mittleren Laufe war diese Leitung eine Strecke lang durch eine damals dem S. gehörende angrenzende Parzelle unterirdisch gelegt worden, und zwar heimlich ohne Wissen und Willen des S. Alsbald aber hat R. diese Parzelle gekauft, und einige Jahre später, vor etwa acht Jahren sowohl das Brauereigrundstück als auch die Parzelle dem P. aufgelassen. Beide Grundstücke wurden 1879 gegen P. subhastiert. Das Hauptgrundstück wurde dem jetzigen Beklagten und die Parzelle dem S. zugeschlagen. Von Letzterem hat der jetzige Kläger den von der Röhrleitung durchschnittenen Teil der Parzelle durch Kauf und Auflassung erworben. Der Kläger hat beim Graben eines Brunnens das Vorhandensein der Leitung wahrgenommen und sie durchsägen lassen. Er klagt auf Beseitigung der einen Eingriff in sein Eigentum enthaltenden Anlage, der Beklagte nimmt das Recht auf die Wasserleitung als durch

die Subhastation erworben in Anspruch. Der Anspruch des Beklagten ist als Grundgerechtigkeit aufzufassen. Die heimliche Anlegung der Röhrenleitung durch R. kann nicht als gesetzmäßiger Erwerbsakt einer Grundgerechtigkeit gelten (§§ 11, 12, 13, I. 22 A.L.R.). Eine solche bestand also, als R. das dienende Grundstück erwarb, noch nicht. Deshalb ist die Anwendung der §§ 53, 54 a. a. O. ausgeschlossen. Den Vorbesitzern des Beklagten, R. und P., fehlte auch die rechtliche Möglichkeit, das eine der beiden ihnen gehörigen Grundstücke zu Gunsten des anderen mit einer Grundgerechtigkeit zu belasten. Wenn der Eigentümer zweier Grundstücke das eine in der Weise nutzt, daß es den Zwecken des anderen dient, so übt er nur das ihm als Eigentümer zustehende Gebrauchsrecht aus. Wenn jedoch in solchem Falle das dienende Grundstück in andere Hände übergeht, so nimmt die konstante Judikatur sowohl des gemeinen als des preußischen Rechts an, daß es eines neuen Akts behufs der Begründung einer Grundgerechtigkeit nicht bedarf, sofern der Veräußerer und der Erwerber gewollt haben, daß die bisherige Benutzungsart des dienenden Grundstücks fortbestehen sollte. Das frühere thatsächliche Verhältnis verwandelt sich in ein rechtliches, der Gebrauch des Eigentümers geht in eine Grundgerechtigkeit über. Dieser Rechtsgrundsatz ist auch im vorliegenden Falle anwendbar. Einer besonderen Manifestierung des Willens bei dem Vertragsschlusse bezw. der Subhastation bedurfte es nicht. Der Wille des Eigentümers beider Grundstücke, daß die Parzelle des Klägers zu Gunsten des Brauereigrundstücks die Röhrenleitung (die dem Zwecke, zu welchem sie hergestellt war, fortdauernd gedient hat) aufnehmen sollte, war schon früher gefaßt und bethätigt und hierin war eine Änderung bis zur Subhastation nicht eingetreten; es ging daher das Grundstück des Klägers mit derjenigen Beschränkung, welcher es bisher thatsächlich unterworfen war, nunmehr als Grundgerechtigkeit belastet in das Eigentum des Vorbesitzers des Klägers über. Ob dem Erwerber des Grundstücks die Einrichtungen zur Ausübung der Gerechtigkeit speziell bekannt waren, erscheint ohne Bedeutung. Ob die Veräußerung durch freiwilligen Vertrag oder im Wege der Subhastation erfolgt, macht keinen Unterschied (§ 340, I. 11 A.L.R.). Nr. 1774.

Nr. 1899. II. Sen. 11. Mai 1880. II. 100. 80. Bd. 2, Nr. 94, S. 360.

Widmung. (Destination). (Rhein. R.). Nach richtiger Auslegung des Landrechtsatzes 689 (badisches Landrecht) ist, damit die Anlage als eine offene, das Merkmal als ein äußeres gelten kann, erforderlich, daß jene deutlich den Zweck anzeige, daß dadurch eine bestimmte Grunddienstbarkeit ausgeübt, dem nachbarlichen Grundstücke also eine bestimmte Last zum Vorteil des anderen Grundstücks auferlegt werden soll, indem die Anlage nach ihrer ganzen Beschaffenheit unzweideutig zu diesem Zwecke besteht und nur dazu bestimmt sein kann. Nur unter diesen Voraussetzungen ist es möglich zu sagen, daß sich eine Dienstbarkeit durch ein äußeres Merkmal ankündige. Landrechtssatz 694 erkennt auch nur dann die Widmung als Entstehungsgrund einer Dienstbarkeit an, wenn der Vertrag keine Übereinkunft darüber enthält. Nr. 1908.

Nr. 1900. II. Sen. 21. April 1885. II. 33. 84. Bd. 13, Nr. 74, S. 304.

Aussichtsfenster. Destination du père de famille. (Rhein. R.). A. hat sein Besitztum in Bauplätze abgeteilt, zuerst ein Haus mit Hinterhaus, das zum Bewohnen eingerichtet und mit Aussichtsfenstern versehen war, gebaut, so daß der ganze Bau bis an die Grenze der benachbarten Baustelle angelegt war, und hat sodann einen zweiten Bau ausgeführt, wobei er mit der zu diesem gehörigen Küche sechs bis sieben Fuß von der Grenze des ersteren Anwesens zurückgeblieben ist. Dann hat er die zuerst gedachten Gebäude mit allen Rechten an den Kläger verkauft. Hiernach hat der Eigentümer der beiden Grundstücke selbst dieselben zu einander in ein Verhältnis gebracht und einen Zustand geschaffen, aus welchem eine kontinuierliche und offene Dienstbarkeit hervorgeht (Art. 689 Abs. 2, Art. 688 Abs. 2 code civil). Es liegen also die Voraussetzungen der Art. 692, 693 code civil vor. Der Besitz von Aussichtsfenstern in geringerer als

der vom Gesetze in Art. 678 gestatteten Entfernung von sechs Fuß kennzeichnet sich überhaupt nach den Prinzipien des code civil nicht bloß als der Besitz der Freiheit von einer dem Nachbargrundstücke zustehenden gesetzlichen Dienstbarkeit, sondern vielmehr als den Besitz einer eigenen Dienstbarkeit, der des Aussichtsrechts. Wenn hiernach dem Kläger beim Kaufe für das Hinterhaus die Dienstbarkeit des Aussichtsrechts eingeräumt worden ist, so hat auch der Art. 701 code civil Anwendung zu finden und der Beklagte war nicht berechtigt, die Aussicht zu verbauen, hat vielmehr seinen Bau in derjenigen Entfernung zu halten, in welcher nach den gesetzlichen Bestimmungen und nach den beim Vertragsabschlusse bestehenden Verhältnissen die Aussicht als nicht beeinträchtigt zu gelten hat.

Nr. 1901. II. Sen. 30. September 1887. II. 103. 87. Bd. 19, Nr. 75, S. 387.

Voraussetzungen des Erwerbes eines Durchgangsrechts durch Widmung (destination). (Rhein. R.). Die angefochtene Entscheidung beruht auf der Auslegung des Art. 694 code civil, daß es nicht erforderlich sei, daß die getrennten Grundstücke vormals verschiedenen Eigentümern gehört haben, daß das eine zum Vorteil des anderen mit einer Servitut belastet gewesen und daß durch die Vereinigung in einer Hand die Dienstbarkeit gemäß Art. 705 a. a. O. erloschen sei, so daß bei der nunmehrigen Trennung es sich um das Wiederaufleben der Servitut handele; es genüge vielmehr, daß bei der Veräußerung ein sichtbares Merkmal einer Dienstbarkeit bestanden habe und daß im Vertrage eine auf die Servitut bezügliche Übereinkunft nicht enthalten sei. Wenn nun auch an dieser Auslegung des Gesetzes festzuhalten ist, so kann es doch nicht für genügend erachtet werden, daß ein Merkmal bestanden habe, welches unter Umständen als ein solches für eine Dienstbarkeit gelten kann, sondern es ist festzustellen, daß dasselbe im gegebenen Falle in unzweideutiger Weise (Art. 2229 code civil) ein Dienstbarkeitsverhältnis anzeigt. Daraus, daß Art. 689 a. a. O. Thüren unter den äußeren Anlagen aufführt, welche eine Servitut ankündigen, folgt noch nicht, daß an dem einen Grundstück vorhandene Thüren unzweideutige Anzeichen für eine Dienstbarkeit seien. Dies ist vielmehr gerade in dem Falle zweifelhaft, wenn die Thüren von dem Eigentümer, auf dessen Grundstück sie sich befinden, auch lediglich zu dem Zwecke angebracht sein können, sein Eigentum abzuschließen, für dieses die Durchfahrt oder den Durchgang auszuüben. Einem solchen Zustande gegenüber ist die bloße Möglichkeit, daß auch der Nachbar, wie jeder Dritter, den Durchgang nehmen kann, noch kein Grund dafür, die Thür als ein unzweideutiges äußeres Merkmal für ein Servitutrecht des Nachbars anzusehen. Unter den im vorliegenden Falle obwaltenden Umständen ist nicht anzunehmen, daß das Urteil auf der allein richtigen Auslegung des Art. 694 a. a. O. beruhe, wonach es nicht allein auf eine Anlage ankommt, welche äußeres Merkmal einer Dienstbarkeit sein kann, sondern auf ein unzweideutiges äußeres Merkmal, aus welchem sofort und ohne Bezugnahme auf frühere Vorgänge zu entnehmen war, daß das eine der veräußerten Grundstücke zum Vorteile des anderen mit der beanspruchten Servitut thatsächlich belastet sei.

Nr. 1902. III. Sen. 13. Januar 1880. III. 125. 79. Bd. 1, Nr. 43, S. 101.

Ersitzung eines Fahrtrechts. Tantum praescriptum quantum possessum. Beweislast hinsichtlich etwaiger Besitzesfehler. Unterbrechung der Ersitzung durch außergerichtlichen Widerspruch. (Gem. R.). Derjenige, welcher eine Wegegerechtigkeit durch Ersitzung in einem weiteren Umfange erworben haben will, als der Eigentümer des dienenden Grundstücks zugesteht, muß den Nachweis dieses Rechtes wenigstens insoweit führen, als nicht dessen Inhalt gesetzlich geregelt ist. Der Umfang der Dienstbarkeit hängt jedesmal von der Beschaffenheit der Besitzhandlungen, überhaupt von den Umständen ab. Nach allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast kann nur verlangt werden, daß die vom Ersitzenden im Rechtsstreite nachgewiesenen Besitzhandlungen nicht

als gewaltthätige, heimliche oder bittweise ausgeübte erscheinen, so zwar, daß der Beweis des Vorhandenseins dieser Besitzfehler vom Gegner im Gegen- oder Einredebeweise zu erbringen ist. Ein bloßer außergerichtlicher Widerspruch gegen die Ausübung einer angesprochenen Dienstbarkeit (eines Fahrtrechts) unterbricht den Verjährungsbesitz. Nr. 1905.

Nr. 1903. II. Hilfs-Sen. 28. Oktober 1880. V[a]. 279. 80. Bd. 3, Nr. 59, S. 210.

Ersitzung unständiger Servituten. Gerichtsgebrauch. (Gem. R.). Ein lediglich auf Mißverständnis gemeinrechtlicher Rechtsquellen beruhender konstanter Gerichtsgebrauch vermag partikuläres Gewohnheitsrecht nicht zu erzeugen. Nach dem gemeinen Recht genügt zur Ersitzung unständiger Servituten die ordentliche Verjährung von zehn bezw. zwanzig Jahren.

Nr. 1904. III. Sen. 17. März 1881. III. 406. 81. Bd. 4, Nr. 40, S. 135.

Ersitzung der Servituten. Animus juris exercendi. Kellerrecht. (Gem. R.). Das sogen. Kellerrecht ist als Prädialservitut anzuerkennen, obwohl die römischen Rechtsquellen kein direktes Zeugnis dafür geben. Die die Servitutenersitzung betreffenden Quellenstellen (l. 25 Dig. quemadm. serv. 8, 6; l. 7 Dig. de itin. 43, 19; l. 1 § 19 Dig. de aqua quot. 43, 20) verlangen nur, daß der Ersitzende überhaupt nur in dem Glauben, von einem Rechte Gebrauch zu machen, dasselbe ausgeübt habe; daß dies aber gerade mit der Absicht und dem Bewußtsein von der juristischen Qualität dieses Rechts geschehen sein müsse, deuten sie weder an, noch folgt es aus den allgemeinen Grundsätzen über die Ersitzung. Soweit diese freilich an die Existenz eines besonderen Rechtstitels (justus titulus) geknüpft ist wie die ordentliche Eigentumsersitzung, bringt letztere von selbst die Notwendigkeit der Überzeugung von der Existenz eines bestimmten Rechtes mit sich. Wo aber, wie bei der außerordentlichen Eigentumsersitzung und bei der Servitutenersitzung von einem bestimmten Erwerbstitel abzusehen ist, da würde es für die Meinung des Ersitzenden, gerade dieses oder jenes Recht auszuüben, an jeder Grundlage fehlen und von ihm eine solche Meinung um so weniger zu erwarten sein, als ihm, wenn nicht die Möglichkeit, so doch jedenfalls der Anlaß fehlte, sich über die juristische Qualifikation des ausgeübten Rechts ins klare zu setzen. Ein solches Ansinnen würde zumal bei deutschrechtlichen Dienstbarkeiten in vielen Fällen die Annahme einer Ersitzung unmöglich machen. Genügt aber, daß der Ersitzende überhaupt mit dem Bewußtsein und dem Willen des Rechts eine Nutzungsbefugnis ausgeübt hat, so kann es ihm auch nicht präjudizieren, daß er dabei in der Meinung gestanden hat, sie sei ein Ausfluß eines umfangreicheren Rechts, als wirklich der Fall war, namentlich also in der Meinung, Eigentümer zu sein, während er bloß Servitutberechtigter hätte sein können. Dieser Ansicht hat sich auch die Praxis zugewendet. Nr. 1905. Nr. 1907.

Nr. 1905. III. Sen. 23. September 1884. III. 119. 84. Bd. 12, Nr. 42, S. 173.

Ersitzung einer auf Duldung der Bienen gerichteten Servitut an dem fremden Grundstücke. (Gem. R.). In dem Falle Nr. 1852 hatte der Beklagte die Ersitzungseinrede erhoben. Diese ist verworfen. Zur Ersitzung einer Servitut ist erforderlich, daß das Recht während der ganzen Dauer der Ersitzungszeit non vi, non clam, non precario ausgeübt worden ist (vergl. l. 10 pr. Dig. de serv. 8, 5). Als vis im Sinne der Grundsätze über Besitzfehler und über Servitutenersitzung ist der richtigen Ansicht nach, Nr. 1902, auch die gegen ein, wenngleich bloß formlos und außergerichtlich ausgesprochenes Verbot vorgenommene Einwirkung auf ein fremdes Grundstück anzusehen. Hiernach hat die Vorinstanz die von dem Beklagten behauptete Rechtsausübung in Anbetracht seines Zugeständnisses, daß der Kläger seit Jahren gegen die Einwirkung der Bienenwirtschaft auf sein Grundstück protestiert hat, mit Recht als vitiös und somit

zur Begründung der Ersitzung nicht geeignet bezeichnet. Dem Beklagten hat es ferner an dem zur Ersitzung einer Servitut notwendigen Willen der Rechtsausübung gefehlt. Dieser Wille braucht zwar nicht notwendig auf die Ausübung einer Servitut gerichtet zu sein, vielmehr sind auch solche Verfügungen über eine fremde Sache, welche in der Meinung, Eigentümer derselben zu sein, vorgenommen worden sind, geeignet, zur Ersitzung einer entsprechenden Servitut an derselben zu führen. Nr. 1904. Allein es kann doch immer nur der Wille in Betracht kommen, welcher sich auf Ausübung eines dinglichen Rechts an derjenigen Sache, an welcher die Servitut ersessen sein soll, der angeblich dienenden, gerichtet hat. Im vorliegenden Falle hat aber der Beklagte bei dem Betriebe seiner Bienenwirtschaft dergestalt, daß seine Bienen in ihrem freien Fluge auch in die Nachbargrundstücke kommen mußten und kamen, sich offenbar nicht von der Absicht leiten lassen, hierdurch ein dingliches Recht an den Nachbargrundstücken, insbesondere dem des Klägers, ausüben zu wollen; er hat sich vielmehr zu diesem Betriebe nur deswegen für berechtigt gehalten, weil er eine Befugnis aus seinem Eigentume an demjenigen Grundstücke, auf welchem er Bienenstöcke hält und welches er jetzt in seiner Ersitzungseinrede als das herrschende angesehen wissen will, glaubte herleiten zu können.

Nr. 1906. III. Sen. 11. März 1882. III. 206. 81. Bd. 6, Nr. 55, S. 202.

Ausschließung der ordentlichen Ersitzung von Servituten gegenüber dem Fiskus. (Gem. R.). Gegenüber dem Fiskus ist die ordentliche (zehn- bezw. zwanzigjährige) Ersitzung von Servituten ausgeschlossen. In dem Umstande, daß die die außerordentliche Ersitzung einführende c. 8 Cod. de praescr. XXX. vel XL. ann. 7, 39 nur von der des Eigentums redet, kann kein Grund gefunden werden, sie nicht auch für die Servitutenersitzung zur Geltung zu bringen, da der Gedanke und Zweck des Gesetzes für beide Institute ein gleicher ist. Nr. 1911.

Nr. 1907. V. Sen. 2. Juni 1886. V. 28. 86. Bd. 16, Nr. 49, S. 213.

Erfordernisse der Ersitzung von Grundgerechtigkeiten. (Preuß. R.). In der Doktrin herrscht Streit darüber, ob Gerechtigkeiten an fremden Sachen auf Grund eines sogen. translativen Titels binnen zehn Jahren ersessen werden können. Ob ein solcher Titel in jedem Falle, wenn also der Ersitzende sein Recht nur auf die vertragsmäßige Einräumung seitens des Eigentümers der herrschenden Sache stützt, genügt, kann im vorliegenden Falle unentschieden bleiben; denn die Sache liegt jedenfalls anders, wenn, wie hier, Einrichtungen auf dem dienenden Grundstücke bestehen, welche zur Ausübung der Servitut bestimmt sind und damit für jeden Beteiligten, insbesondere auch für den Eigentümer des dienenden Grundstückes die Inanspruchnahme des gegen ihn prätendierten Rechts und den Eingriff in sein Eigentum konstatieren. Wird der Erwerber bei Übertragung des Rechtes zugleich in den Besitz solcher Einrichtungen gesetzt und übt er das Recht unter Benutzung derselben aus, so kann ihm der Mangel eines an sich zur Erlangung des Eigentums geschickten Titels nicht entgegengehalten werden. Im vorliegenden Falle haben zwar die Beklagten nach ihrer Angabe in dem Glauben gestanden, daß ihnen das Eigentum an dem fraglichen Scharren übertragen sei. Dieser Umstand bildet jedoch, wie die preußische Judikatur mit Recht angenommen hat (vergl. für das gemeine Recht Nr. 1904. Nr. 1882), kein Hindernis für die Ersitzung des ihnen wirklich übertragenen geringeren Rechts, nämlich eines beschränkten Gebrauchsrechts. Ein sogen. translativer Titel schließt also nicht unbedingt die zehnjährige Ersitzung aus. Nach der Behauptung des Klägers wird der gute Glaube der Beklagten 1. bei dem Erwerbe und 2. nach dem Erwerbe vor Abschluß der Ersitzung bestritten. Beide Fälle liegen in rechtlicher Beziehung nicht gleich. Wer beim Erwerbe einer Sache Zweifel an der Gültigkeit des Titels hat, muß dieselben aufmerksam prüfen. Unterläßt

er dies oder irrt er in thatsächlicher Beziehung, so wird er einem unredlichen Besitzer gleich geachtet und kann die Ersitzung nicht anfangen. (Vergl. § 15, I. 7; § 91, I. 20 A.L.R.). Befand sich dagegen der Ersitzende beim Erwerbsakte in gutem Glauben, so wird die Ersitzung zwar durch hinzutretenden bösen Glauben unterbrochen, aber, um ihn in bösen Glauben zu versetzen, genügen nicht Zweifel, sondern er muß von der Unrechtmäßigkeit des Erwerbes „überführt" sein, was eventuell erst mit der Erhebung der Klage geschieht. Vergl. § 611, I. 9; §§ 16, 17, 222, I. 7 A.L.R. Der Berufungsrichter mußte hiernach prüfen, ob die Erfordernisse für die Annahme eines bösen Glaubens der Beklagten 1. beim Erwerbe und 2. nach dem Erwerbe des Scharrens dargethan sind. Auf die Revision der Beklagten ist das Urteil des Berufungsgerichts wegen Mangels an Begründung aufgehoben. Nr. 2062.

Nr. 1908. II. Sen. 28. Dezember 1887. II. 264. 87. Bd. 20, Nr. 78, S. 348.

Erwerbung von Lichtfenstern durch Verjährung und durch Anerkenntnis. (Rhein. R.). Es ist anzuerkennen, daß Lichtöffnungen, die gemäß Art. 676, 677 code civil eingerichtet sind, nicht auf Grund einer Legalservitut des Nachbargutes, sondern auf Grund des gesetzlich beschränkten Eigentums besessen werden, daß daher der Besitz solcher Öffnungen, welche nicht den erwähnten Vorschriften gemäß eingerichtet sind, sich als Besitz einer Dienstbarkeit darstellen kann und daß, wenn das Recht auf solche Lichtfenster in gesetzmäßiger Weise erworben worden ist, aus Art. 701 a. a. O. folgt, daß der Eigentümer des belasteten Grundstückes die Dienstbarkeit nicht beeinträchtigen darf. Was nun die Erwerbung des Lichtrechtes betrifft, so kann sie durch einen konstituierenden Akt (Vertrag, Schenkung u. s. w.) oder, wenn es sich um eine verborgene bezw. unständige Servitut handelt, durch Anerkenntnis (Art. 695 a. a. O.) bewirkt werden. Der Erwerbung durch Ersitzung steht aber im vorliegenden Falle entgegen, daß es an einem zur Ersitzung geeigneten Besitze fehlt. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts sind die in Frage stehenden Fenster nur Lichtfenster, welche das Eigentum des Beklagten nicht in anderer Weise belasten, als dies bei gesetzmäßig hergerichteten Öffnungen, welche er zu dulden hätte, der Fall wäre, und durch die angebrachten Gitter ist der Nachbar geradezu zu der Annahme verleitet worden, daß die Öffnungen sich in der gesetzlichen Entfernung vom Fußboden befinden. Hiernach beruhte das Bestehen der Fenster nicht auf Ausübung einer Dienstbarkeit auf dem Nachbareigentum, sondern auf der Duldung (Art. 2232 code civil) von seiten des Nachbars, auf dessen Eigentume eine Belastung nicht ausgeübt worden ist und welcher deshalb der Meinung war, daß ihm ein Verbietungs- oder Einspruchsrecht überhaupt nicht zustehe; es fehlt deshalb an einem Rechtsbesitze (quasi possessio juris) und somit an einem wesentlichen Erfordernisse für die Ersitzung (Art. 2229 code civil). Überdies war der Zustand, aus welchem eine Servitut hätte gefolgert werden sollen, ein verborgener und daher die Ersitzung gemäß Art. 691, 692 code civil aus den gleichen Gründen ausgeschlossen wie bei jeder anderen verborgenen oder unterirdischen Anlage. Nr. 1899. — Ein Anerkenntnis als Erwerbungsart eines Rechts auf Aussichtsfenster kann überhaupt nicht in Frage kommen, weil dies Recht eine offene und ständige Dienstbarkeit darstellt, welche durch bloßes Anerkenntnis nicht erworben werden kann. Dagegen kann das Anerkenntnis einen Erwerbungsgrund für die Dienstbarkeit des Lichtrechtes bilden, wenn dies als verborgene Dienstbarkeit ausgeübt wird, d. h. wenn die den Art. 676, 677 code civil nicht entsprechenden Anlagen äußerlich nicht wahrnehmbar sind. Ein solches Anerkenntnis (titre récognitif) braucht keineswegs schriftlich zu geschehen, es genügt vielmehr auch das mündliche Zugeständnis, wie auch durch mündliche Übereinkunft eine Servitut begründet werden kann. Ist aber eine Dienstbarkeit des Lichtrechts durch Anerkenntnis begründet, so findet der Art. 701 code civil Anwendung. Nr. 1896.

Nr. 1909. V. Sen. 27. März 1895. V. 351. 94. Bd. 35, Nr. 46, S. 181.

Ersitzung eines Lichtrechts bei Entgegenstehen einer Baupolizeiordnung. Vorhandensein der Möglichkeit, dem Behältnisse, dessen Fenster verbaut sind, durch Anlegung neuer Fenster Licht zu verschaffen. § 664, I. 9; § 142, I. 8 A.L.R. (Preuß. R.). Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke in Potsdam. Hart an der Grenze befand sich auf dem Grundstücke des Beklagten ein einstöckiges Haus. An dieses ist von den Vorbesitzern des Klägers ein zweistöckiges Wohnhaus in der Art angebaut worden, daß die Giebelwand des ersteren für das Erdgeschoß des letzteren als Abschlußmauer benutzt, demnächst auf die Quermauer des jetzt dem Kläger gehörigen Hauses ein starker Balken gelegt und auf diesem die Giebelmauer für die oberen Stockwerke aufgeführt wurde. In dieser Giebelwand befinden sich zwei Fenster, die höher lagen als die Oberkante des Daches des alten Hauses des Beklagten. Diese Fenster, durch die zwei Giebelstuben ihr Licht erhielten, sind unstreitig vor mehr als zehn Jahren angelegt. Der Beklagte hat im Jahre 1891 sein Haus abbrechen und einen mehrstöckigen Neubau aufführen lassen, dessen Giebel unmittelbar an den Giebel des Hauses des Klägers stößt und jenen beiden Fenstern das Licht vollständig entzieht. Die beiden Giebelstuben des Klägers haben von keiner anderen Seite her Licht. Vor Beginn des Neubaues hat der Beklagte dem Kläger angeboten, die beiden Fenster auf seine Kosten zu verlegen. Der Kläger hat jedoch diesen Vorschlag abgelehnt und vor und nach Beginn des Neubaues der Verbauung seiner Giebelfenster widersprochen. Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, mit dem Neubau soweit zurückzurücken, daß man aus den beiden Giebelfenstern den Himmel erblicken kann. Der Beklagte hat dem widersprochen, ist jedoch in der Vorinstanz nach dem Klagantrage verurteilt. Seine Revision ist zurückgewiesen. Ein Einwand des Beklagten geht dahin: Nach den für die Städte des Regierungsbezirks Potsdam erlassenen Baupolizeiordnungen aus den Jahren 1842, 1868 und 1872 dürfe Niemand in Brand- oder Giebelmauern Fenster haben. Gegen dies Verbot habe der Kläger nach § 664, I. 9 A.L.R. Rechte durch Verjährung nicht erwerben können. Die Vorinstanzen haben diesen Einwand verworfen. Die Rüge der Verletzung des § 664 a. a. O. ist nicht begründet; denn wenn auch die zehnjährige Frist des § 142, I. 8 A.L.R. als Ersitzungsfrist aufzufassen sein sollte, was namentlich in neuerer Zeit bestritten wird, so können doch jene Baupolizeiordnungen als Verbotsgesetze im Sinne des § 664 a. a O. nicht aufgefaßt werden. Der § 664 bezieht sich auf Rechte, die überhaupt nicht, und auf solche, die kraft gesetzlicher Vorschrift durch Verjährung nicht entstehen können. Hier kommt nur die erstere Art von Rechten in Betracht. Ein Verbotsgesetz im weiteren Sinne (vergl. § 35 I. 3; § 87 Einl. A.L.R.) dürfte in den gedachten Baupolizeiordnungen allerdings zu finden sein; allein § 664, I. 9 A.L.R. bezieht sich unzweifelhaft nur auf solche Verbotsgesetze, die das Entstehen und die Rechtswirksamkeit von Privatrechtsverhältnissen hindern, und ein derartiges Verbot ist nach dem vom Beklagten vorgetragenen Inhalt der Baupolizeiordnungen in diesen nicht enthalten. Der Grund des Verbotes, Fenster in Brand- und Giebelmauern zu haben oder anzubringen, liegt nicht in der Unsittlichkeit oder Rechtswidrigkeit des verbotenen Zustandes oder Handelns, für welchen Fall selbstverständlich jeder Rechtsschutz versagt werden müßte, sondern lediglich in Rücksichten auf das gemeine Wohl, und weil Letzteres der Fall, wird das Entstehen und die Fortdauer des privatrechtlichen Verhältnisses, welches nach § 142, I. 8 A.L.R. an das zehnjährige Bestehen der Fenster geknüpft ist, durch das polizeiliche Verbot mangels einer dahin zielenden besonderen Vorschrift desselben nicht betroffen. Ferner stützt der Beklagte einen Einwand darauf, daß er sich gegenüber dem Kläger erboten hat, die Fenster auf seine Kosten zu verlegen, um dadurch die Zurückrückung des Neubaues unnötig zu machen. Mehr könne der Kläger nach § 142, I. 8 A.L.R. nicht verlangen. Durch die gegenteilige Annahme habe der Berufungsrichter den § 142 a. a. O. verletzt. Auch dieser Angriff ist unbegründet. Nach dem klaren Wortlaut des § 142

kann der Nachbar, wenn der fragliche Raum nur von der Seite her, wo der Neubau aufgeführt ist, Licht hat, Zurückrückung des Baues verlangen. Das Gesetz bietet nicht den geringsten Anhalt dafür, daß der Nachbar sich mit der Herstellung anderer Fenster begnügen und eine Veränderung des langjährigen Zustandes sich gefallen lassen müsse.

Nr. 1910. III. Sen. 17. Januar 1890. III. 171. 89. Bd. 25, Nr. 31, S. 145.

Ersitzung von Servituten. Besitzfehler der Heimlichkeit. (Gem. R.). Der Begriff der Heimlichkeit des Besitzes ist für die Servitutenersitzung kein anderer als für den Interdiktenbesitz überhaupt. Er ist daher zu bestimmen nach den allgemeinen Vorschriften über den Quasibesitz und mit spezieller Würdigung der Grundsätze, welche das interdictum de itinere actuque privato (Dig. 43, 19) und das interdictum quod vi aut clam (Dig. 43, 24) hinsichtlich der Annahme heimlicher Besitzesausübung aufstellen. Unrichtig ist die Meinung, daß dasjenige, was in dieser Richtung das zuletzt genannte Interdikt enthält, bei Beurteilung der Frage, ob Servituten vi oder clam besessen werden, gar nicht in Betracht gezogen werden dürfe. Danach liegt der die Servitutenersitzung hindernde Besitzfehler des clam uti vor, wenn die Ausübung des dinglichen Rechts hinter dem Rücken des Eigentümers oder seines zu einer Einsprache berechtigten Vertreters vorgenommen wird (l. 3 § 7 Dig. 43, 24). Die in dieser Gesetzesstelle vorausgesetzte Anzeige (denuntiatio) ist jedoch kein unumgängliches Erfordernis dergestalt, daß überall, wo sie nicht erfolgte, ein clam facere, mithin ein klandestiner Quasibesitz anzunehmen wäre. Die Anzeige ist das von den Quellen anerkannte Mittel, um die Besitzhandlung vor irriger Deutung zu wahren und den Handelnden vor dem Rechtsmittel des interdictum quod vi aut clam zu schützen. Aus ihrer Unterlassung darf aber nicht ohne Weiteres auf die Absicht der Verheimlichung geschlossen werden (l. 5 § 3 Dig. 43, 24). Die Unterlassung der Anzeige kann insbesondere dann die Klandestinität nicht bewirken, wenn Besitzhandlungen auf fremdem Grund und Boden öffentlich, an einem Orte und zu einer Zeit vorgenommen werden, wo sie dem Eigentümer bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit nicht entgehen konnten. Es ergiebt sich hieraus die allgemeine Regel, daß ein die Verjährung ausschließender heimlicher Besitz alsdann nicht vorhanden ist, wenn nach den thatsächlichen Verhältnissen des konkreten Falles nicht angenommen werden kann, die Besitzesausübung habe verheimlicht werden sollen, wenngleich sie, sei es aus Mangel an einer Anzeige oder aus Unachtsamkeit des Eigentümers nicht zur Kenntnis des Letzteren gekommen ist (l. 5 § 3 Dig. eod.). Nr. 1836. In dem vorliegenden Falle (Nr. 2666) besteht der Quasibesitz, welcher nach der Behauptung der Kläger zur Ersitzung der streitigen Dienstbarkeit geführt hat, in dem Haben und Gebrauchen einer unterirdischen Wasserleitung. Da die Leitung vollständig unter der Erde verläuft und in den Kellern der Häuser der Kläger endigt, so mußte deren ursprüngliche Anlage offen d. h. nicht heimlich geschehen sein, wenn nicht die nachfolgende Besitzesausübung mit dem Fehler der Klandestinität behaftet sein soll. Der Berufungsrichter nimmt Ersteres an, ein Rechtsirrtum kann in dieser Annahme nicht gefunden werden. Nach seiner thatsächlichen Feststellung hat die Anlage der fraglichen Leitung bei Tage zu der gewöhnlichen Arbeitszeit stattgefunden und es haben die Arbeiten, welche auf der Dorfstraße vorzunehmen waren, einen ganzen Tag gedauert. Einen besonderen Anhalt dafür, daß nichtsdestoweniger diese Arbeiten vor der Beklagten haben verheimlicht werden sollen, hat Letztere nicht dargelegt; dagegen spricht das, was der Berufungsrichter in Absicht auf die bona fides der Kläger festgestellt hat, gleichzeitig auch für das Nichtvorhandensein einer auf Verheimlichung gerichteten Absicht.

Nr. 1911. III. Sen. 29. April 1890. III. 29. 90. Bd. 25, Nr. 39, S. 189.

Berechnung der Ersitzungszeit bei Servituten im Falle des Besitzwechsels im dienenden Grundstücke. (Gem. R.). Es liegt kein Grund vor, von der im Falle

Nr. 1941 ausgesprochenen auf einen sich an c. 14 Cod. de fund. patr. 11, 61 anschließenden gemeinen deutschen Herkommen beruhenden Rechtsansicht abzugehen, zumal jenes Herkommen auch für das sächsische Rechtsgebiet in Theorie und Praxis bezeugt wird. Was von der Eigentumsersitzung gilt, muß unbedenklich auch von der Ersitzung von Servituten gelten. Nr. 1906. Zu billigen ist die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Servitutenersitzung des Klägers nicht vollendet ist, weil auch der Beklagte als Besitznachfolger des Fiskus sich bei Berechnung der Ersitzungszeit zum entsprechenden Teile auf dessen Privilegium berufen kann. Die Frage ist in Ermangelung ausdrücklicher oder analoger Entscheidungen in den Rechtsquellen aus der Natur und dem Zwecke der Institute selbst zu beantworten. Der Ersitzende erwirbt das Recht durch dessen ununterbrochene Ausübung während der ganzen Ersitzungszeit, auch wenn während dieser Zeit das mit der Dienstbarkeit zu belastende Grundstück in die Hand anderer Besitzer übergegangen ist. Die Ersitzung vollzieht sich in solchem Falle gegen die Gesamtheit derer, welche das Grundstück im Laufe der Ersitzungszeit besessen haben, gegen jeden Besitzer mithin unter den Voraussetzungen und mit den Wirkungen, die für ihn vom Gesetze vorgeschrieben sind, namentlich also zu dem Teile der für ihn vorgeschriebenen Ersitzungszeit, der durch die Zeit seines Besitzes erfüllt wird. Denn ist die Ersitzungszeit gegen jeden Besitzer verschieden bemessen, haftet die Abweichung von der Normalzeit nicht an der Sache (wie z. B. bei den res furtivae), sondern kommt sie der Person als solcher zu (wie hier dem Fiskus), so können, wenn überhaupt zusammengerechnet werden soll und muß, nur die Teile, wie sie auf jeden einzelnen Besitzer nach den für ihn geltenden gesetzlichen Bestimmungen fallen, zusammengerechnet werden, um zu bestimmen, ob die Verjährungszeit als Ganzes erfüllt ist. Gerade die persönliche Natur des fiskalischen Privilegs nötigt also zu dieser Annahme, wie auch die Konsequenzen der entgegengesetzten Ansicht, namentlich die, daß beim Übergange fiskalischer Grundstücke in Privathände leicht eine noch unvollendete Ersitzung ohne Weiteres als vollendet zu gelten hätte, ihre Unhaltbarkeit zeigt, während es nichts Irrationelles hat, wenn der Fiskus sich eine kürzere Ersitzungszeit gefallen lassen muß, weil er ein Grundstück erwarb, auf dessen Eigentum seinem nicht privilegierten Vorbesitzer gegenüber nahezu schon Lasten und Dienstbarkeiten durch Ersitzung erworben waren.

Nr. 1912. V. Sen. 27. September 1893. V. 127. 93. Bd. 31, Nr. 73, S. 327.

Ersitzung eines neuen Wegerechts nach Bestätigung eines die bisherigen Wegerechte aufhebenden Separationsrezesses. (Preuß. R.). Der streitige Weg soll nach der Behauptung der Kläger lange vor der im Jahre 1858 durch Rezeßbestätigung beendeten Separation der Feldmark M. bestanden haben. Der Feldteil B., über den er damals an der Außenseite des Schloßparkes entlang führte, ist bei der Separation ohne Wiederausweisung des Weges dem Beklagten zugeteilt und im Jahre 1865 zum Parke hinzugezogen worden. Der Berufungsrichter nimmt zwar, nach § 170 der Verordnung vom 20. Juni 1817 und § 56 der Gemeinheitsteilungsordnung vom 7. Juni 1821, mit Recht an, daß durch die vorbehaltslose Vollziehung und Bestätigung des Separationsrezesses die etwaigen früheren Rechte der Kläger auf Benutzung des Weges beseitigt worden seien, erachtet aber eine nach der Bestätigung des Rezesses (seit 1859) wiederum vollendete außerordentliche (dreißigjährige) Ersitzung der Wegeberechtigung zu Gunsten der Gemeinde und deshalb auch zu Gunsten der Kläger in ihrer Eigenschaft als Mitglieder dieser Gemeinde für erwiesen. Daß seit der Vereinigung des Feldteils B. mit dem Parke (1865) die Mehrheit der Gemeindeglieder, durch die nach seiner Feststellung die Gemeinde das Recht ausgeübt hat, in der in der Formel des Berufungsurteils bezeichneten geänderten Richtung gegangen ist, betrachtet er nicht als Unterbrechung des Rechtsbesitzes, sondern läßt aus diesem Grunde dem Beklagten nur die Wahl zwischen Gestattung der älteren und der jüngeren Wegesrichtung. Die Angriffe des Revisionsklägers gegen die Entscheidung sind nicht begründet. Er macht

erstens geltend, daß gegen den Inhalt des Separationsrezesses nicht die dreißigjährige, sondern nur die fünfzigjährige Verjährung (§ 660, I. 9 A.L.R.) stattfinde. Diese Vorschrift setzt nach ihren Worten wie nach ihrer Entstehungsgeschichte ein auf seiten des Ersitzenden schon bestehendes Eigentum oder ein sonstiges des Besitzes fähiges Recht voraus, dessen (örtlicher oder inhaltlicher) Umfang durch Gesetz, Vertrag oder Urteil klar bestimmt ist, und bezieht sich auf solche Überschreitungen dieser Grenzen, welche der Berechtigte vornimmt. Es muß also, wenn der § 660 a. a. O. in Bezug auf Rechte an fremder Sache Anwendung finden soll, eine positive gesetzliche oder urkundliche Feststellung des Inhaltes vorliegen, daß dem einen Teil ein Recht von klar bestimmtem Umfange gegen den anderen zustehe; eine solche Feststellung schützt den Belasteten in der Art, daß Erweiterungen dieses Rechts über einen einmal festgestellten Umfang hinaus nur durch fünfzigjährigen Besitz zulässig sind. Die Bestimmung des Separationsrezesses vom Jahre 1858 aber, wonach, wie auch schon aus § 170 der Verordnung vom 20. Juni 1817 folgen würde, kein Interessent andere als die gesetzlichen Einschränkungen des Eigentums ferner zu dulden hat, enthält bloß die negative Feststellung, daß, wie überhaupt Niemandem, so auch nicht der Gemeinde N. eine Servitut oder ein sonstiges dingliches Recht an der Abfindung des Beklagten zustehe. Die Erweiterung eines der Gemeinde zustehenden Rechtes durch eine nach der Rezeßbestätigung begonnene Ersitzung steht also überall nicht in Frage. Die Revision versteht den § 660 von einer Grenzüberschreitung nicht des Rechts des Ersitzenden, sondern des Rechts dessen, gegen welchen ersessen werden soll. Wäre diese Auslegung richtig, so würde durch die Vorschrift ganz allgemein jede andere Ersitzung von Servituten als die fünfzigjährige ausgeschlossen sein; denn die Grenze des Eigentumsrechts ist nicht bloß im vorliegenden Falle durch den Rezeß, sondern ein für allemal durch das Gesetz klar dahin bestimmt, daß er Rechte Dritter, die nicht durch Gesetz oder besonderen Titel begründet sind, ausschließt. Daß die Voraussetzungen für den Erwerb einer völlig neuen Servitut an einem durch Gemeinheitsteilungsrezeß servitutfrei ausgewiesenen Grundstücke durch dreißigjährige Ersitzung vorliegen, stellt der Berufungsrichter fest. Die Revision macht zweitens geltend, daß die Besitzhandlungen an dem nur bis zum Jahre 1865 benutzten und an dem erst seit diesem Jahre benutzten Wege nicht hätten zusammengerechnet werden dürfen. Nach den Feststellungen des Berufungsrichters sind im Jahre 1865 nur einzelne Wegestrecken (die Zugänge vom Dorfe über den Gasthof bezw. den Park) geändert worden, die Hauptrichtung des Weges, und zwar nach wie vor über den Grundbesitz des Beklagten, ist unverändert geblieben. Eine solche Änderung mußte die Gemeinde, wenn ihr das Wegerecht wirklich zustand, sich gefallen lassen, sofern sie ihr unnachteilig war (§ 29, I. 22 A.L.R.). Die Änderung der Lage des Weges hat also auch den Rechtsbesitz, in welchem die Gemeinde sich im Jahre 1865 befand, nicht unterbrochen. Eines fömlichen Abkommens bedurfte es zur Herstellung der Kontinuität des Besitzes nicht; es genügt, daß, wie der Berufungsrichter feststellt, die Benutzung des neuen an Stelle des alten Weges mit Zustimmung und sogar auf Verlangen des Gutseigentümers geschehen ist. Die Revision beschwert sich drittens darüber, daß der Einwand des Beklagten, das belastete Grundstück sei während der Verjährungszeit (bis 1865) verpachtet gewesen, nicht berücksichtigt worden sei. Die Behauptung des Beklagten, daß das belastete Grundstück von 1841—1865, also während der Anfangsjahre der Ersitzung, verpachtet gewesen sei, ist von dem Kläger rücksichtlich des Schlosses und des Parkes unter Angabe bestimmter Thatsachen, die das Gegenteil ergeben sollten, bestritten worden. Richtig ist, daß sie in den Entscheidungsgründen des Berufungsrichters unerörtert geblieben ist. Allein die in Bezug auf die Kenntnis des Gutseigentümers von der Benutzung des streitigen Weges festgestellten Thatsachen lassen keinen Zweifel darüber, daß der Berufungsrichter hat feststellen wollen, der jeweilige Gutseigentümer habe seit Beginn der Verjährungsfrist Kenntnis nicht bloß von der thatsächlichen Benutzung des Weges

durch die Mitglieder der Gemeinde R., sondern auch davon gehabt, daß die Benutzung in der Absicht geschehe, ein gegen das Grundstück und dessen Eigentümer zustehendes Recht auszuüben. Durch eine solche Kenntnis aber wird die Anwendbarkeit des § 521, I. 9 A.L.R., wonach die Verjährung zum Nachteile des Eigentümers nicht gegen den Pächter beginnen kann, ausgeschlossen. Nr. 2061.

Nr. 1913. III. Sen. 6. Juli 1894. III. 104. 94. Bd. 33, Nr. 41, S. 198. **Entstehung subjektiver Rechte durch Gewohnheitsrecht. Ersitzung servitutischer Rechte an der Gemeinheit für alle Angehörige einer Personenklasse.** (Gem. R.). Das Berufungsgericht stellt ohne Begründung an die Spitze seiner Ausführungen den Satz, es könne sich ein lokales Gewohnheitsrecht, ein Herkommen, des Inhalts bilden, daß Jeder, der zur Klasse der in der Gemeinde wohnenden Häuslinge oder zur Klasse der in der Gemeinde mit einer Anbauerstelle Angesessenen gehöre, berechtigt sei, die den Reiheberechtigten der Gemeinde allein oder mit denen anderer Gemeinden gemeinschaftlich gehörige Gemeinheit, insbesondere auch Forsten, in bestimmter Weise zu nutzen; das subjektive Recht eines Einzelnen komme dann auf Grund eines solchen gewohnheitsrechtlichen Rechtssatzes zur Entstehung, sobald er die Eigenschaft eines Anbauers oder Häuslings erlangt habe. Dieser nach dem Zusammenhange nur dahin, daß das Gewohnheitsrecht bezüglich solcher Nutzungsrechte an einer einzelnen Gemeinheit sich bilden könne, zu verstehende Satz ist falsch, steht auch im Widerspruch mit den in Theorie und Praxis herrschenden Ansichten über die rechtliche Natur des Gewohnheitsrechts; mit ihm fallen alle weiteren Ausführungen des angefochtenen Urteils, das im Anschluß an diesen Satz nach Prüfung des Beweisergebnisses als erwiesen ansieht, es bestehe ein Herkommen des Inhalts, daß die Anbauer und die Häuslinge des Kirchspiels R., mithin der Ortschaften R. und H., berechtigt seien, aus der R.er Wirtschaftsforst trockenes Leseholz in einem dem jeweiligen Bedürfnisse ihrer Haushaltungen entsprechenden Umfange zu entnehmen. Gewohnheitsrecht kann seiner Natur nach nur Quelle des objektiven Rechts, einer Rechtsnorm, sein und auch das Berufungsgericht scheint diesen Satz nicht zu bezweifeln. Weder das römische Recht noch dessen Weiterentwickelung in Deutschland geben für eine andere Auffassung einen Anhalt, man darf nur nicht aus den vieldeutigen Worten „consuetudo" dort und „Herkommen" hier zwingende Schlüsse ziehen wollen, während z. B. Herkommen sehr häufig im Sinne der unvordenklichen Verjährung oder in anderem Sinne gebraucht wird. Nr. 10. Das Wesen des Gewohnheitsrechts besteht ebenso wie das des Gesetzes darin, daß es einen auf alle oder doch auf alle einem bestimmten Kreise angehörigen Personen, Sachen oder Rechtsverhältnisse des Geltungsgebietes anzuwendenden Rechtssatz enthält; für einen solchen Rechtssatz fehlt es an jedem Raum, wenn es sich wie hier um die für alle anderen Grundstücke unwirksame Entstehung servitutischer Rechte an einem einzigen Grundstücke handelt. Gewiß kann sich in einer Gemeinde das Gewohnheitsrecht bilden, daß jeder Grundbesitzer gewisse Eingriffe der Nachbarn oder auch aller Bewohner in sein Grundstück dulden muß; dieser Rechtssatz findet dann Anwendung auf alle zur Gemeinde gehörigen Grundstücke. Aber es kann nicht durch Gewohnheitsrecht die Belastung eines einzelnen Grundstücks entstehen, einer Person oder einer Mehrzahl von Personen die Entnahme von Wasser, Holz u. s. w. zu gestatten. Auch die in neuerer Zeit anerkannte sogen. Gemeindeservitut, die der Gemeinde als juristischer Person auf beschränkte Benutzung eines bestimmten Grundstücks durch sämtliche Gemeindeglieder oder noch weitere Kreise zusteht, bildet nur ein einziges subjektives Recht, dessen Erwerb zwar auf unvordenkliche Verjährung, nicht aber auf Gewohnheitsrecht gestützt werden kann. Daß man früher nicht selten angenommen hat, auch subjektive Rechte könnten unmittelbar durch Gewohnheitsrecht entstehen, liegt wesentlich daran, daß man, verleitet durch die Mehrdeutigkeit und Unklarheit des Ausdruckes „Herkommen" nicht scharf gesondert hat. Auszuscheiden sind vor Allem, sei es im Gebiete des öffentlichen

oder des Privatrechts, alle bereits angedeuteten Fälle, in denen selbst in kleinen territorialen Kreisen, z. B. Gemeinden, Rechtsnormen für alle oder doch für gewisse Arten von Grundstücken entstehen. So kann die Verpflichtung sämtlicher Anlieger, die Deichlasten oder Wegelasten zu tragen, ferner für den Bezirk einer Parochie oder einer Schulgemeinde die Dinglichkeit der Kirchen- oder Schullasten durch Gewohnheitsrecht begründet werden, dagegen nicht die Verpflichtung einer einzelnen Grundbesitzung, z. B. des Ritterguts, sämtliche Lasten der betreffenden Kirchengemeinde zu tragen, während wiederum ein Gewohnheitsrecht für einen weiteren Kreis, daß in allen Parochien das Rittergut die Kirchenlasten allein tragen müsse, nicht völlig ausgeschlossen ist. So würde im vorliegenden Falle für einen größeren Bezirk, eine Provinz, ein Gewohnheitsrecht möglich sein des Inhalts, daß in allen Gemeinden Anbauer und Häuslinge, obgleich nicht Besitzer von Reihestellen, doch Nutzungsrechte an der Gemeinde ihres Wohnortes haben; dagegen kann es nicht entstehen beschränkt auf das Recht an der Forst einer einzelnen Realgemeinde. Auszuscheiden sind aber ferner alle Fälle, und durch diese ist die ganze Lehre am meisten verwirrt, in denen durch sogen. Herkommen Rechte überhaupt nicht entstehen, sondern die lange Übung einen Grund für die richterliche Überzeugung bildet, daß ein bereits bestehendes konkretes Rechtsverhältnis, sei es durch frühere oder spätere ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung (Anerkennung) in den der thatsächlichen Übung entsprechenden Grenzen vertragsmäßig festgestellt sei. Schon das römische Recht zeigt solche Fälle, z. B. in l. 6 Dig. de usur. 22, 1. Die hier angenommene Zinsverpflichtung für ein einzelnes Darlehen ist früher von Manchen auf Gewohnheitsrecht zurückgeführt worden; sie kann aber, wie jetzt allgemein anerkannt ist, weder durch dies noch durch Ersitzung entstehen, sondern der Kaiser gewinnt aus dem Umstande, daß der Schuldner viele Jahre hindurch stets Zinsen gezahlt hat, die Überzeugung, daß er sich zur Zahlung von Zinsen rechtsgültig verpflichtet habe. Hierher gehört auch der Fall Nr. 10, wo in gleichem Sinne der Ausdruck „Herkommen" gebraucht ist. Das auf Rechtsirrtum beruhende Berufungsurteil mußte daher aufgehoben werden; denn die Voraussetzungen der für die Entstehung solcher subjektiven Rechte zulässigen Ersitzung oder unvordenklichen Verjährung decken sich nicht mit denen des Gewohnheitsrechts. Da nicht einmal genügende Behauptungen für die Entstehung durch Ersitzung oder unvordenkliche Verjährung aufgestellt sind, mußte sogar ohne Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht die eingelegte Berufung als unbegründet zurückgewiesen werden. Subjektive Rechte der vorliegenden Art können nur für ein bestimmtes Rechtssubjekt oder zu Gunsten eines bestimmten Grundstücks für dessen jedesmaligen Eigentümer entstehen. Dadurch, daß für eine Person, ein Grundstück oder eine Mehrzahl das Recht erworben wird, entsteht es noch nicht für Andere, auch wenn diese in sonst gleicher Lage sich befinden; dadurch unterscheidet sich gerade die weiter reichende Wirkung des durch Gewohnheitsrecht entstandenen Rechtssatzes. Auch bei sogen. Gemeindeservituten steht das Recht nur einem Subjekt, der juristischen Person der Gemeinde zu, auch wenn die Nutzung unmittelbar durch die Gemeindeglieder erfolgt. Daß eine solche Gemeindeservitut hier vorliege, ist in keiner Weise angedeutet, so daß es keiner Prüfung bedarf, ob in solchem Falle die Kläger zur Vertretung befugt sein würden; die Behauptung, daß irgend eine korporative Verbindung zwischen den Klägern oder einem Teile derselben bestehe, ist von ihnen ausdrücklich zurückgenommen, sie kommen also nur als einzelne Rechtssubjekte in Betracht. Das Recht kann daher nur für diejenigen einzelnen Kläger durch Ersitzung oder unvordenkliche Verjährung entstanden sein, die für ihre Person oder ihre Anbauerstelle eine für die Entstehung genügende Ausübung des Rechts behaupten und beweisen. Es ist aber nicht einmal der Versuch gemacht, für einen einzigen Kläger bestimmte Behauptungen aufzustellen, so daß es an jedem Anhaltspunkt in der allein möglichen Richtung fehlt.

Nr. 1914. V. Sen. 19. Oktober 1881. V. 703. 81. Bd. 6, Nr. 71, S. 255.

Anwendbarkeit des § 43, I. 22 A.L.R. auf Untersagungsrechte. § 86, I. 7 A.L.R. (Preuß. R.). In § 43 a. a. O. ist die gemeinrechtliche Kontroverse entschieden, ob eine Servitut durch das stillschweigende Leiden einer Handlung, wodurch die Ausübung der Dienstbarkeit auf immer unmöglich gemacht wird, durch das bloße Nichtwidersprechen in einem solchen Falle aufgehoben werde. Bei der Beantwortung dieser Streitfrage wurde ein Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Servituten in der gemeinrechtlichen Litteratur nicht gemacht. Man muß daher annehmen, daß, wenn in § 43 a. a. O. eine solche Unterscheidung beabsichtigt worden wäre, das ausdrücklich ausgesprochen sein würde. In Übereinstimmung hiermit hat auch die Praxis den § 43 a. a. O. auf die Untersagungsrechte im Sinne des § 86, I. 7 A.L.R. angewendet. Im vorliegenden Falle geht die Grundgerechtigkeit auf die Erhaltung eines bestimmten Zustandes auf dem angrenzenden Grundstücke. Der Eigentümer hat im Interesse des berechtigten Nachbargrundstückes die festgesetzten Beschränkungen bei der Errichtung von Baulichkeiten innezuhalten. Der Inhalt des Rechts des Eigentümers des herrschenden Grundstücks ist nicht der Widerspruch, sondern er besteht in der Erhaltung des entsprechenden Zustandes auf dem dienenden Grundstücke. Die hierauf allerdings nicht passenden im cit. § 43: „Anstalten und Einrichtungen u. s. w." nötigen nicht, für Gerechtigkeiten, die das Bauen auf benachbarten Grundstücken einschränken, eine Ausnahme von der Regel des § 43 a. a. O. zu machen.

Nr. 1915. V. Sen. 25. Oktober 1893. V. 165. 93. Bd. 32, Nr. 50, S. 188.

Untergang einer Grundgerechtigkeit durch stillschweigende Einwilligung. § 43, I. 22 A.L.R. **Recht auf Lichtschutz.** §§ 142, 143, I. 8 A.L.R. (Preuß. R.). Die Beklagte hat im Jahre 1890 durch einen Neubau an der östlichen Grenze des im Eigentume der klagenden Stadtgemeinde stehenden Grundstücks von den östlichen zehn Fenstern der auf diesem Grundstücke stehenden Turnhalle vier ganz und ein fünftes teilweise verbaut. Die Fenster bestanden seit 1859. Die Turnhalle, ein einstöckiges Gebäude, hat auch noch Licht von den anderen drei Seiten, sie hat nach Westen sechs und nach Norden und Süden je vier Fenster. Unter Berufung auf § 143, I. 8 A.L.R. hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Zurücksetzung ihres Neubaues um drei Meter vor den verbauten fünf Fenstern zu verurteilen. Die Entfernung um drei Meter ist nach Behauptung der Klägerin erforderlich, wenn aus den ungeöffneten Fenstern eines zu fingierenden zweiten Stockwerkes der Turnhalle der Himmel soll erblickt werden können. Die Beklagte bestreitet die Anwendbarkeit des § 143 a. a. O., weil die Turnhalle nicht bloß noch von einer anderen, sondern noch von drei anderen Seiten her Licht habe und kein zweites Stockwerk besitze. Auch bestreitet sie die Notwendigkeit einer Zurücksetzung der Mauer um drei Meter, damit aus den Fenstern eines fingierten zweiten Stockwerkes der Himmel erblickt werden könne. Weiter macht sie geltend, daß die Klägerin ihr Klagrecht durch stillschweigendes Einverständnis mit dem Bau verloren habe (§ 43, I. 22 A.L.R.), weil die Fenster schon im Juli 1890 verbaut worden seien, die Zustellung der Klage aber erst am 9. Februar 1891 stattgefunden habe. Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, mit ihrem Neubau von den verbauten Fenstern der Klägerin um 2,50 Meter zurückzurücken. Die Berufung der Beklagten ist zurückgewiesen. Auf die Revision der Beklagten ist das Berufungsurteil aufgehoben. Die Verwerfung der aus § 43, I. 22 A.L.R. erhobenen Einrede ist in der Berufungsinstanz erfolgt auf Grund des Verlaufes, den die Baustreitigkeit zufolge der Magistratsakten genommen hat. Der Berufungsrichter schließt aus den ermittelten Umständen, daß die Stadtvertretung niemals zu dem Bauprojekte und der folgenden Bauausführung geschwiegen und nicht durch wissentliches Geschehenlassen des Zubauens der Fenster ihre Einwilligung zum Aufhören des Fensterrechts im Sinne des § 43 a. a. O. erteilt habe. Die Revision meint, daß ein bloßer Protest gegen das Verbauen der Fenster nicht genüge, sondern

daß dem Widerspruche Nachdruck gegeben werden müsse durch Verfolgung derjenigen Mittel, welche die Gesetze zur Erhaltung des Besitzstandes gewährten. Allein wenn es auch richtig ist, daß trotz des Protestes ein stillschweigender Verzicht angenommen werden kann, wenn weitere Maßregeln nicht nachgefolgt sind und das Geeignete zum Schutze des Rechts nicht gethan ist, so läßt sich doch, was dieses Geeignete sei, nur durch eine Würdigung der Sachlage des einzelnen Falles beurteilen; es giebt keine bindenden Rechtsnormen dafür, wann das wissentliche Geschehenlassen vorliege, woran der § 43 a. a. O. die Annahme einer stillschweigenden Einwilligung knüpft; vielmehr ist es Sache des thatsächlichen Ermessens des Richters, ob im einzelnen Falle aus dem Verhalten des Protestierenden nach Erhebung des Protestes geschlossen werden könne, daß er diesem keine Folge geben wolle. Dies thatsächliche Ermessen hat der Berufungsrichter im vorliegenden Falle walten lassen, und wenn er dabei zu dem Ergebnis gelangt ist, daß die Stadtvertretung deutlich zum Ausdruck gebracht habe, daß sie die Verbauung der Fenster in der Turnhalle nicht zugeben, sondern verhindern wolle, so kann diese thatsächliche Feststellung mit der Revision nicht anders angefochten werden, als durch den Nachweis einer unvollständigen Würdigung der hierfür maßgebenden Thatsachen. Diesen Vorwuf hat aber die Revision nicht mit Grund erheben können. Sie hebt zwar hervor, daß die Beklagte alsbald den Widerspruch als unberechtigt abgelehnt habe und daß die Klägerin erst lange nach Vollendung des Baues mit Vergleichsverhandlungen und demnächst mit der Klage hervorgetreten sei; allein diese Umstände sind vom Berufungsrichter nicht übersehen, sondern nur nicht für maßgebend erachtet worden. Er hat insbesondere erwogen, daß die Verzögerung der Klagerhebung sich durch die Vergleichsverhandlungen erkläre. Die Behauptung, daß diese erst lange nach Vollendung des Baues begonnen wären, findet in dem beigebrachten Materiale keine Bestätigung; vielmehr folgt das Gegenteil daraus, daß der Bau erst gegen den 12. August begonnen ist und die Beklagte selbst schon am 11. September Vergleichsvorschläge formuliert hat. Auch spricht für die Richtigkeit des vom Berufungsrichter gewonnenen Ergebnisses der Umstand, daß Beschlußfassungen einer Stadtvertretung geschäftsordnungsgemäß mehr Zeit erfordern als Entschließungen einer Einzelperson und daß überdies zu einer Beschleunigung der Klagerhebung, nachdem einmal der Bau *vollendet* war, kein Bedürfnis vorlag. — Die Entscheidung des Berufungsrichters in der Sache selbst beruht auf der Ausführung, daß die Vorschrift in § 143, I. 8 A.L.R. auf den vorliegenden Fall Anwendung finde und daß zur Ausführung dieser Vorschrift die Mauer der Beklagten vor den verbauten Fenstern der Klägerin um 2,50 Meter zurückgerückt werden müsse. Die Revision hält den § 143 a. a. O. schon deshalb für unanwendbar, weil die Turnhalle der Klägerin nicht „noch von *einer* anderen Seite", wie das Gesetz voraussetze, sondern noch von drei anderen Seiten Licht habe. Der Berufungsrichter hat in Übereinstimmung mit dem ersten Richter ausgeführt, nicht darauf komme es an, ob dem Nachbargebäude noch ein *genügender* Lichtzufluß gewahrt bleibe, sondern darauf, ob der Lichtzufluß *durch diese bestimmten Fenster*, wie er über zehn Jahre bestanden habe, über ein gewisses Maß hinaus verkümmert werde. Diese Ausführung ist richtig. Der Gesetzgeber knüpft an den rein äußerlichen Umstand an, ob das Behältnis, in welchem sich die Fenster befinden, die verbaut werden würden, nur von dieser Seite (§ 142) oder ob es auch noch von einer anderen Seite (§ 143) Licht habe, und schreibt je nachdem ein verschiedenes Maß für die Entfernung des Neubaues vor. Wie die Fenster beschaffen sind und wie viele Fenster verbaut werden würden, ob alle oder nur einige, begründet keinen Unterschied, während es doch auf der Hand liegt, daß der dem Behältnisse verbleibende Grad der Helligkeit je nachdem ein ganz verschiedener ist. Wenn nun der § 143 einen geringeren Abstand des Neubaues für den Fall zuläßt, daß das Gebäude des Nachbars „noch von einer anderen Seite" Licht habe, so läßt sich für die Auslegung der Beklagten, daß das Wort „einer" als Zahlwort aufzufassen sei, nicht geltend machen, daß der Nachbar beim Zuflusse von

noch zwei oder mehr Seiten Licht genug habe, denn darauf legt dem Vorstehenden nach das Gesetz kein Gewicht, und es kann auch nicht einmal zugegeben werden, daß der Nachbar in dem vorausgesetzten Falle allemal wirklich Licht genug habe. Es kommt hinzu, daß bei rein wörtlicher Auslegung das „einer" mindestens ebenso gut als Artikel wie als Zahlwort aufgefaßt werden kann und daß deshalb angenommen werden darf, der Gesetzgeber würde durch Hinzufügung des Wortes „nur" zum Ausdruck gebracht haben, daß der § 143 sich auf den Fall des Lichtzuflusses von zwei anderen und mehr Seiten nicht beziehe, wenn das Letztere wirklich seine Absicht gewesen wäre. Weiter bestreitet die Revision die Anwendbarkeit des § 143 deshalb, weil die Turnhalle der Klägerin ein einstöckiges Gebäude ist, also keine Fenster im zweiten Stockwerke hat. Der Berufungsrichter hält diesen Umstand für unerheblich, weil anderenfalls das Gesetz die Lücke enthielte, daß einstöckige Gebäude, die noch von einer anderen Seite Licht haben, ohne jeden Schutz gelassen wären; es habe deshalb ein zweites Stockwerk mit Fenstern, die zu der Fensterkonstruktion im vorhandenen Stock paßten, fingiert und unter Zuziehung von Sachverständigen ermittelt werden müssen, wie geschehen ist, wie weit der Bau der Beklagten zurücktreten müsse, um zu ermöglichen, daß aus den fingierten ungeöffneten Fenstern des zweiten Stockwerkes der Himmel erblickt werden könne. Dieser Ansicht war aus dem vom Berufungsrichter angeführten Grunde lediglich beizupflichten. Der hauptsächlichste Angriff der Revision richtet sich dagegen, daß der Berufungsrichter der Annahme des ersten Richters nicht entgegengetreten ist, daß das gesetzlich für die Entfernung des Neubaues festgesetzte Maß: so weit, daß der Nachbar aus den ungeöffneten Fenstern je des unteren (§ 142) oder des zweiten Stockwerkes (§ 143) den Himmel erblicken (oder sehen) könne, unter Zugrundelegung der Augenhöhe eines Mannes (mittlerer Größe) in aufrechter Körperstellung auszumitteln sei. So hatte der erste Richter den zugezogenen Sachverständigen instruiert, der dann auch auf dieser Grundlage seine Berechnungen anstellte und sein Guthaben abgab; auf diese Weise gelangte der Sachverständige zu dem Resultate, daß der Bau der Beklagten um 2,50 Meter von den verbauten Fenstern zurückzutreten habe, und dies Resultat hat der erste Richter als richtig angenommen. Die Revision führt in dieser Beziehung aus, daß statt der aufrechten Haltung eine sitzende Stellung für genügend erachtet werden müsse; denn das Gesetz schließe nur naturwidrige Stellungen, Verdrehungen und Verrenkungen des Körpers aus, nicht auch solche Stellungen, die dem Körperbaue und den Gewohnheiten des Menschen entsprächen. Die aufrechte Stellung könne schon deshalb nicht die allein vorausgesetzte sein, weil es Fenster gebe, deren oberer Rand unter der Augenhöhe eines stehenden Menschen liege. Dieser Revisionsangriff ist jedoch nicht gerechtfertigt. Es handelt sich hierbei um eine Frage, welche streitig gewesen ist, solange das A.L.R. in Kraft ist. Anfangs hatte das Obertribunal angenommen, die §§ 142, 143, I. 8 A.L.R. hätten die Bedeutung, daß der Neubau dem Nachbarn die Möglichkeit lassen müsse (vorausgesetzt, daß seine Fenster zehn Jahre lang bestanden haben), in gerader, ungezwungener Stellung unmittelbar vor den ungeöffneten Fenstern auf der Erde stehend, den Himmel sehen zu können. Dann ist aber das Obertribunal durch Plenarbeschluß vom 9. Dezember 1839 von dieser Ansicht zurückgetreten und hat den Satz aufgestellt, daß es genüge, wenn der Nachbar auf irgend eine Weise und in irgend einer Stellung aus den ungeöffneten Fenstern in vertikaler Richtung den Himmel sehen könne. Dem in diesem Plenarbeschlusse aufgestellten Satze kann nur insofern beigetreten werden, als er verlangt, daß der Himmel in vertikaler Richtung sichtbar sein müsse. Dies folgt daraus, daß der Nachbar im Besitze gerade desjenigen Lichtes bis zu einer gewissen Grenze geschützt werden soll, das ihm bisher von der Seite des Neubaues zugeflossen ist; deshalb kann der Gesetzgeber nur gewollt haben, daß über den Neubau weg, also in vertikaler Richtung, noch ein Blick nach dem Himmel frei bleiben soll. Im übrigen aber läßt sich der Satz des Obertribunals nicht aufrecht erhalten. Der Begründung des Plenarbeschlusses ist darin unbedenklich beizustimmen, daß die §§ 142, 143 nicht

bezwecken, wie bei der früheren Spruchpraxis des Obertribunals angenommen war, den bisherigen Zustand der Erhellung des Nachbargebäudes in der ganzen bisherigen Ausdehnung zu sichern, sondern daß es sich für den Gesetzgeber nur darum handelte, die Grenze zu finden, bis zu welcher der Nachbar sich eine Veränderung dieses Zustandes durch den Neubau gefallen lassen müsse. Wenn aber das Obertribunal aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschriften weiter entnimmt, daß ihnen bloß die Absicht zu Grunde liege, eine gänzliche Unbrauchbarmachung des Nachbargebäudes zu verhüten, und wenn es daraus folgert, daß die Auslegung bei dem Wortsinne stehen zu bleiben habe und daß, weil der Wortlaut eine bestimmte Körperhaltung nicht erwähne, die Möglichkeit eines Blickes auf den Himmel in irgend einer Stellung als genügend angesehen werden müsse, so kann mindestens dieser Folgerung keine Berechtigung zugestanden werden. Der Gesetzgeber glaubte, wie die Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergiebt, durch die Bestimmungen in den §§ 142, 143 einen wirksamen Schutz für das Nachbargebäude gegeben zu haben, und eine Bestätigung hierfür läßt sich aus § 146 a. a. O. entnehmen. Daß der Gesetzgeber das dort gedachte Untersagungsrecht als Grundgerechtigkeit in dem vorausgesetzten Falle auf ein praktisch ganz unzulängliches Maß hätte einschränken wollen, ist eine unmögliche Annahme. Auch wird die Auslegung des Obertribunals nicht durch den Wortsinn geboten. Wenn das Gesetz keine bestimmte Körperhaltung vorschreibt, so folgt daraus noch nicht, daß es jede, auch die gezwungenste Stellung für ausreichend angesehen hätte, sofern sie nur ermögliche, durch das Fenster in vertikaler Richtung den Himmel zu erblicken. Mindestens ebenso nahe liegt die Annahme, daß dabei die Körperhaltung vorausgesetzt worden sei, in der aus dem Fenster geblickt zu werden pflegt und die man sich als die gegebene Haltung vorstellt, wenn davon gesprochen wird, das ist die aufrechte Haltung. Es ist also zu der älteren Ansicht des Obertribunals zurückzukehren, daß bei Anwendung der §§ 142, 143 eine aufrechte Haltung (eines Menschen mittlerer Größe) vorauszusetzen ist. Sie bietet auch für die Ermittelung des für den Neubau vorzuschreibenden Abstandes von den Fenstern eine möglichst sichere Grundlage. Zwar kann die Berechnung dieses Abstandes nicht in allen denkbaren Fällen, namentlich nicht in dem von der Revision angeführten Beispiele, daß der obere Fensterrand unter der Augenhöhe eines aufrecht stehenden Menschen liegt, ohne weiteres unter Zugrundelegung der Augenhöhe einer aufrecht stehenden Person angestellt werden; diese vorkommenden Falles im Wege der Analogie zu beseitigenden Schwierigkeiten beweisen aber nichts gegen die Richtigkeit des Prinzips und sind ebenso wie der Übelstand, daß die Bauart des Nachbargebäudes, dessen Fensterkonstruktion und auch die Beschaffenheit des Neubaues Verschiedenheiten in der Bemessung der dem Neubaue vorzuschreibenden Entfernung mit Notwendigkeit hervorrufen müssen, eine Folge der gesetzlichen Bestimmungen selber, deren praktische Brauchbarkeit ebendeshalb mit Grund von jeher bezweifelt und verneint worden ist. Aber die Zugrundelegung aufrechter Körperhaltung gewährt jedenfalls für die große Mehrzahl der Fälle, namentlich auch in dem hier vorliegenden Falle erst zu fingierender Fenster, einen festen Anhaltspunkt für die Berechnung, der bei dem Prinzipe des Plenarbeschlusses des Obertribunals völlig fehlte. Statt der aufrechten eine ungezwungene Körperhaltung zu Grunde zu legen, verbietet sich schon wegen der alsbald auftauchenden Zweifel, was ungezwungene Körperhaltung sei. Die sitzende Stellung aber, welche die Revision für genügend hält, muß dem Gesetze für widersprechend angesehen werden, überdies würde auch dabei wieder die Höhe der Sitzvorrichtung Zweifel erregen. Der darauf gestellte Revisionsantrag ist demnach unbegründet. Endlich ist von der Revision die Rüge erhoben, daß das Gutachten des Sachverständigen, das der Entscheidung zu Grunde liegt, auf der unzulässigen Annahme ruhe, daß die Worte des Gesetzes „aus den ungeöffneten Fenstern" bedeuten sollten „aus allen Teilen der ungeöffneten Fenster". Diese Beschwerde ist nicht unbegründet. Die Wand der Beklagten, durch welche die Fenster der Turnhalle der Klägerin verbaut sind, ist eine Giebelwand, die spitz zuläuft

und sich nach den Seiten abdacht. Bei Berechnung des Abstandes, der erforderlich ist, damit aus den ungeöffneten Fenstern eines fingierten zweiten Stockwerkes der Turnhalle ein aufrecht stehender Mensch in vertikaler Richtung den Himmel erblicken könne, hat der Sachverständige als Höhe der Mauer der Beklagten die Höhe der Giebelspitze 13,20 Meter über den Fußboden des fingierten zweiten Stockwerkes der Turnhalle eingestellt und dies damit zu begründen gesucht, daß bei einer Zugrundelegung des mittleren Durchschnittes der Giebelhöhe der Himmel am höchsten Punkte des Giebels nicht gesehen werden könnte. Der erste Richter hat diese Berechnungsweise gebilligt, zu ihrer Rechtfertigung aber seinerseits ausgeführt, daß nach dem Gesetze verlangt werden müsse, daß der Nachbar nicht bloß überhaupt von irgend einem Punkte, sondern daß er von allen Teilen des Fensters aus, aus allen in seiner Augenhöhe liegenden Scheiben den Anblick des Himmels gewinnen könne. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Es genügt, wenn der Nachbar aus irgend einer Scheibe jedes Fensters den Himmel sehen kann; denn das Gesetz verlangt nur, daß aus den ungeöffneten Fenstern der Himmel erblickt werden könne, nicht, daß dies aus allen Scheiben möglich sei. Allerdings ist vorauszusetzen, daß dem ausschauenden Auge der Himmel in der vollen Breite des Fensters sichtbar sei, daß also die sichtbare Spalte des Himmels nicht an einer Stelle durch vorspringende Mauerteile, z. B. durch eine Giebelspitze, verdeckt werde, wobei jedoch bemerkt werden mag, daß es in diesem Falle für ausreichend anzusehen sein wird, wenn der Anblick des verdeckten Teiles der Spalte aus einer anderen Scheibe desselben Fensters gewonnen werden kann. Hieraus ergiebt sich, daß die Höhe der Giebelspitze einen maßgebenden Faktor in der Berechnung des Sachverständigen zwar bei dem Fenster oder den Fenstern bilden mußte, wo der Ausblick gegen den Himmel durch die vorspringende Giebelspitze beeinträchtigt werden würde, nicht aber bei den übrigen und daß sich deshalb die Zugrundelegung dieser Höhe bei allen Fenstern ebensowenig rechtfertigen läßt wie die mit Recht verworfene Zugrundelegung einer mittleren Höhe für sämtliche, auch für die der Giebelspitze gegenüber liegenden Fenster. Denkbar wäre es freilich, daß die Beklagte kein Interesse daran hätte, ein verschiedenes Maß für die Zurückführung ihrer Mauer gegenüber den verschiedenen Fenstern vorgeschrieben zu erhalten; aber darüber ist bisher nichts festgestellt. Es leidet also die Berechnung des Sachverständigen und demzufolge das darauf beruhende Urteil an einem Fehler, der die Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung der Sache in die Berufungsinstanz nach sich ziehen mußte. Nr. 1783.

Nr. 1916. III. Sen. 3. Juli 1884. III. 95. 84. Bd. 14, Nr. 53, S. 211.

Teilweise Erlöschung der servitutes praed. urb. durch usucapio libertatis. (Gem. R.). Die teilweise Erlöschung einer Realservitut durch usucapio libertatis ist möglich und durch das Prinzip der sogen. Unteilbarkeit der Servituten nicht ausgeschlossen. Der Servitutberechtigte kann einen Teil der dienenden Sache selbst unbeschränkt frei geben und dadurch diesen von der darauf haftenden Last befreien (vergl. l. 6 Dig. de serv. 8, 1). Dementsprechend muß es aufgefaßt werden, wenn, wie hier, die Befreiung eines Teils der dienenden Sache nicht durch dispositiven Akt des Berechtigten, sondern durch usucapio libertatis des Verpflichteten bewirkt sein soll. Es trifft auf einen derartigen Fall der für die erwerbende Verjährung aufgestellte, aber analog auch für die usucapio libertatis maßgebende Grundsatz zu: „tantum praescriptum quantum possessum“ d. h. es wird derjenige Teil des dienenden Objektes frei, in betreff dessen ein der Servitut widerstreitender Zustand innerhalb der Verjährungszeit besessen worden ist. Im vorliegenden Falle ist in einer Ecke des dienenden Grundstückes auf einem nur einen geringfügigen Teil des gesamten Grundstückes ausmachenden Raume ein verhältnismäßig niedriges und unbedeutendes Bauwesen errichtet worden und die Verjährungszeit hindurch bestehen geblieben. Sind die Voraussetzungen einer usucapio libertatis in betreff dieses Gebäudes vorhanden, so läßt sich darum das Gleiche nicht auch in Beziehung auf den übrigen

weitaus größten Teil des Grundstückes behaupten, welcher unbebaut geblieben oder doch nicht während der ganzen Verjährungszeit bebaut gewesen ist.

Nr. 1917. III. Sen. 15. April 1890. III. 13. 90. Bd. 26, Nr. 28, S. 167.

Untergang einer Grunddienstbarkeit wegen Wegfalles der Vizinität der beteiligten Grundstücke. (Gem. R.). Nach allgemeinen Grundsätzen setzen Grunddienstbarkeiten zu ihrem Rechtsbestande voraus, daß das dienende Grundstück dem herrschenden einen dauernden Nutzen zu gewähren im stande ist und die Grundstücke nicht in der Weise entfernt voneinander liegen, daß die Verbindung zwischen ihnen unterbrochen wird. Wenn daher die Nutzung des dienenden Grundstückes durch ein in der Mitte liegendes, nicht gleichfalls dienendes, Grundstück unthunlich gemacht ist oder die rechtliche Beschaffenheit der dazwischen liegenden Häuser oder Grundstücke die Verwirklichung der Gerechtsame ausschließt, so kommt die Grunddienstbarkeit nicht zur Entstehung. Daraus würde nun die Folgerung zu ziehen sein, daß, wenn eine reale Dienstbarkeit rechtsgültig entstanden ist, demnächst aber durch Veränderungen am herrschenden oder am dienenden Grundstücke die Voraussetzungen wegfallen, unter denen eine solche Servitut zur Entstehung gelangen konnte, dieselbe untergehe. Allein die Gesetze haben diese Folgerung in Wirklichkeit nicht für alle Fälle gezogen, vielmehr in einzelnen bestimmten Fällen nur eine zeitweilige Unterbrechung in der Ausübung der Servitut (l. 14 pr. Dig. quemadm. serv. amitt. 8, 6; l. 6 Dig. si. serv. vind. 8, 5) angenommen, in anderen Fällen, sobald das zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstücke belegene dem Servitutberechtigten seither eigentümliche gehörige Grundstück ohne Vorbehalt der Dienstbarkeit veräußert worden ist (l. 7 § 1 Dig. comm. praed. 8, 4; l. 13 Dig. quemadm. serv. amitt. 8, 6) ausgesprochen, daß die Dienstbarkeit erst erlösche, wenn von dem Augenblicke der Behinderung in der Ausübung an die Verjährungszeit abgelaufen ist. Ob in diesen Rechtssätzen eine grundsätzliche Entscheidung für dergleichen Fälle der Veränderung an dem zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstücke liegenden Grundstücke oder eine singuläre Bestimmung für solche Servituten, die sich über mehrere Grundstücke erstrecken und dennoch eine Einheit bilden, zu finden sei, kann unerörtert bleiben; es genügt, daß das positive Recht in den angeführten Fällen die Dienstbarkeit mit dem Wegfallen des Hindernisses wieder aufleben läßt, vorausgesetzt, daß nicht inzwischen die Verjährung durch Nichtgebrauch eintrat. Hier liegt derselbe Thatbestand wie in l. 13 a. a. O. vor, nur daß der Verkauf des Zwischengrundstückes nicht von dem Eigentümer des herrschenden Grundstückes stattgefunden hat, ein Umstand, der keinen Unterschied in der rechtlichen Beurteilung der Sache begründen kann. Nr. 1892.

Nr. 1918. III. Sen. 21. Oktober 1892. III. 158. 92. Bd. 30, Nr. 61, S. 205.

Grundgerechtigkeiten im Sinne des §. 12 des preuß. E.E.G. vom 5. Mai 1872. Gemeinrechtliche Prädialservituten zu Gunsten eines auf dem herrschenden Grundstücke betriebenen Gewerbes. (Gem. u. preuß. R.). Das Berufungsgericht beschränkt den Umfang der Grundgerechtigkeiten im Sinne des § 12 E.E.G. auf den engeren Begriff der römischrechtlichen Prädialservituten und charakterisiert letztere als solche Servituten, denen die Beziehung auf das herrschende Grundstück als etwas so Wesentliches inne wohnt, daß die Berechtigung ohne solche Beziehung gar nicht gedacht werden könne und daß daher weder das Recht noch auch dessen bloße Ausübung von dem herrschenden Grundstück zu trennen ist. Hiernach hält es das von dem Beklagten in Anspruch genommene Recht, als Besitzer seines Grundstückes auf der Parzelle des Klägers seine Netze zu trocknen und seine Kähne lagern zu lassen, nicht für eine Grunddienstbarkeit im Sinne des Gesetzes. Es erwägt, daß jenes Recht gegeben ist durch den Gewerbebetrieb des Beklagten als Fischers und Schiffers und bedeutungslos wird, wenn der Beklagte sich einem anderen Erwerbszweige zuwendet. Das Vorbringen des Beklagten, daß das herrschende Grundstück nach seiner Beschaffenheit und seinen Anlagen eine andere Benutzung nicht gestatte, hält es in seinem ersteren Teile durch die That-

sache für widerlegt, daß der Beklagte einen Teil seines Grundstückes in Wiese verwandelt hat; den vorhandenen Anlagen will es aber um so weniger einen Einfluß auf den Charakter des Rechts einräumen, als sie lediglich vom Willen des Beklagten abhängen und ihrer Umgestaltung nichts im Wege steht. Die Revision ist begründet, soweit sie sich gegen die Annahme des Berufungsurteils richtet, daß das vom Beklagten geltend gemachte Recht als Grundgerechtigkeit im Sinne des § 12 E.E.G. nicht angesehen werden könne. Da das Gesetz selbst nicht sagt, was es unter den der Eintragung nicht bedürfenden Grundgerechtigkeiten verstanden wissen will, so ist für den Begriff der Grundgerechtigkeiten das allgemeine Recht im Geltungsgebiete des Gesetzes maßgebend. Soweit daher das Gesetz auch in Gebieten des gemeinen Rechts in Geltung getreten ist, muß der Begriff der Grundgerechtigkeiten aus dem gemeinen Recht entnommen werden. Das gemeine Recht hat nun in seiner modernen Entwickelung bei Beurteilung der Grundgerechtigkeiten die römischrechtlichen Grundsätze über Prädialservituten nicht immer streng festgehalten, sich vielmehr manchen Erweiterungen zugeneigt. Nr. 1931. Nr. 1924. Nr. 1894. Das heutige gemeine Recht hat insbesondere, soweit es sich um eine Servitut im Interesse eines im herrschenden Grundstücke betriebenen Gewerbes handelt, den Satz des römischen Rechts nicht streng festgehalten, daß Grunddienstbarkeit nur ein Recht sein kann, welches dem herrschenden Grundstück als solchem einen bleibenden Vorteil gewährt. Die moderne Rechtsentwickelung hat den Bedürfnissen der heutigen gewerblichen Verhältnisse Rechnung getragen und Realservituten zu Gunsten eines auf dem herrschenden Grundstücke betriebenen Gewerbes jedenfalls dann zugelassen, wenn dem herrschenden Grundstücke für das Gewerbe eine bleibende Einrichtung gegeben worden ist. Ist das herrschende Grundstück durch seine Einrichtung mit dem darin betriebenen Gewerbe so verbunden, daß ein dem Gewerbe dienendes Recht auch dem Grundstücke selbst zum Vorteil gereicht und späteren Erwerbern des Grundstückes ein bleibendes Interesse bietet, so darf jenes Recht auch als Realservitut für das Grundstück erworben werden. Es kommt daher nicht in Betracht, ob das herrschende Grundstück durch Beseitigung oder Umgestaltung seiner Einrichtung auch für andere Zwecke dienstbar gemacht werden kann. Entscheidend ist vielmehr allein, ob das herrschende Grundstück durch seine Einrichtung und seine Anlagen mit einem bestimmten Gewerbebetriebe in solche Verbindung gesetzt worden ist, daß ein für den Gewerbebetrieb erworbenes Recht sich auch als ein bleibender Vorteil für das Grundstück selbst und spätere Erwerber darstellt.

Nr. 1919. V. Sen. 11. November 1891. V. 168. 91. Bd. 28, Nr. 71. S. 324.

Bestimmung des Inhalts und Umfanges einer eingetragenen Grundgerechtigkeit nach dem Eintragungsvermerke oder nach dem Erwerbstitel. (Preuß. R.). Beide Instanzrichter gehen davon aus, daß der Umfang der prätendierten Grundgerechtigkeit nach Maßgabe des Vertrages, wodurch sie begründet ist, nicht nach Maßgabe der Eintragung auf dem Grundstücke des Beklagten bestimmt werden muß. Das Reichsgericht ist dieser Ansicht beigetreten. Sowohl nach früherem als nach jetzigem Rechte (vergl. Anh. § 58 zu § 18, I. 22 A.L.R. und § 12 E.E.G. vom 5. Mai 1872) bedürfen Grundgerechtigkeiten zur Rechtswirkung gegen Dritte nicht der Eintragung in das Grundbuch. Der Umfang und die Grenzen einer eingetragenen Grundgerechtigkeit sind daher, wenn das herrschende oder das dienende Grundstück demnächst auf einen neuen Erwerber übergeht, auf Grund des Titels für die Gerechtigkeit, nicht auf Grund des Eintragungsvermerks zu bestimmen. Die Eintragung dient in solchem Falle nur dazu, die Belastung des Grundstückes für den, der ein Recht an diesem erwerben will, kundbar zu machen, sie hat aber nicht die Bedeutung eines rechtsbegründenden Akts.

Nießbrauch.

Nr. 1920. II. Sen. 5. Juni 1883. II. 192. 83. Bd. 9, Nr. 87, S. 310.

Befugnis des Nutznießers einer kündbaren, hypothekarisch gesicherten verzinslichen Forderung. Art. 578, 584, 587 code civil (Rhein. R.). Dem Nutznießer (Kläger)

steht das Recht zur Einklagung und Einziehung der Forderung kraft Gesetzes zu. Ausdrücklich ist die Frage im Gesetze nicht entschieden. Die in der Einziehung einer kündbaren Forderung liegende Umwandlung des Gegenstandes der Nutznießung aus einem nicht verbrauchbaren Forderungsrechte in eine verbrauchbare körperliche Sache ist die notwendige Konsequenz der Eigentümlichkeit der Nutznießung an einer kündbaren Forderung, da deren Einziehung und Einklagung dem Nutznießer gewährt werden muß, wenn nicht sein Genußrecht selbst gegenstandslos werden soll, was stets der Fall wäre, wenn nicht er, sondern der Eigentümer das Kapital in Empfang nähme. Der Nutznießer ist aber der Regel nach verpflichtet, dem Eigentümer Sicherheit zu bestellen (Art. 601 code civil). Art. 2157 a. a. O. versteht unter der beteiligten Person auch den Nutznießer der hypothekarischen Forderung. Durch den Titel der Nutznießung kann die fragliche Befugnis dem Nutznießer ganz oder teilweise entzogen sein. Eine solche Ausnahme würde vom Beklagten geltend zu machen sein, sofern sie sich nicht aus den Verhandlungen ergiebt.

Nr. 1921. III. Sen. 11. Mai 1886. III. 19. 86. Bd. 16, Nr. 20, S. 110.

Wirkung des Verzichts des Nießbrauchers auf den Nießbrauch bei stattgehabter Übertragung der Ausübung des Nießbrauches auf einen Dritten. Einwand der schlechten Wirtschaft des Nießbrauchers. (Gem. R.). Das abgetretene Recht auf Ausübung des Nießbrauches unterliegt allerdings den Erlöschungsgründen des Hauptrechtes, des Nießbrauchrechtes selbst. Allein es bleibt bestehen, wenn der Usufruktuar auf den Nießbrauch freiwillig dem Eigentümer gegenüber verzichtet, da ein solcher Verzicht das abgetretene der Dispositionsbefugnis des Usufruktuars entzogene Recht auf die Ausübung des Nießbrauches nicht trifft, indem derjenige, welcher die Ausübung des Nießbrauches einem Dritten übertragen hat, wenn er auch seinerseits dem Eigentümer gegenüber sein Recht aufgeben kann, das Recht, über die Ausübung des Nießbrauches anderweit zu disponieren, verloren hat. Die Ansicht, daß der Nießbrauch bezw. das Recht auf dessen Ausübung durch Mißbrauch des Rechtes, schlechte Bewirtschaftung des Nießbrauchers verwirkt werde, findet in den Quellen keine Bestätigung, es steht in einem solchen Falle dem Eigentümer vielmehr nur ein Anspruch auf Schadensersatz bezw. darauf zu, daß dem Nießbraucher die Verwaltung der Sache entzogen werde.

Nr. 1922. II. Sen. 5. Januar 1883. II. 419. 82. Bd. 8, Nr. 86, S. 322.

Bürgschaftsleistung des Nießbrauchers. Art. 601, 913—915, 1094 code civil (Rhein. R.). Nach Art. 601 code civil hat der Nießbraucher Bürgschaft dafür zu leisten, daß er die Sache als guter Hausvater benutzen werde, wenn er nicht durch den Akt, der die Bestellung des Nießbrauches enthält, davon befreit ist. Regel ist die Bürgschaftsleistung, die Befreiung Ausnahme. Die Befreiung setzt voraus, daß dem Verfügenden die unbeschränkte Disposition zusteht, und es kann dieselbe nicht zum Nachteile Dritter geschehen. Solche Dritte aber sind die Vorbehaltserben, deren Pflichtteil weder unmittelbar noch mittelbar verletzt, namentlich nicht mit Bedingungen oder Lasten beschwert werden darf. Eine solche Erschwernis ist die Befreiung von der Bürgschaftsleistung. Hätte das Gesetz dem Ehegatten die Befugnis geben wollen, den in Art. 915 und 1094 code civil auf das nackte Eigentum beschränkten Vorbehalt noch weiter durch den Erlaß der Bürgschaftsleistung zu beschweren, so hätte es gegenüber jenem Grundsatze einer ausdrücklichen Bestimmung bedurft. Die Vorschrift in Art. 917 code civil ist auf ihren Fall zu beschränken und für die vorliegende Frage bedeutungslos. Nach den Grundsätzen des römischen Rechts konnte bei einem letztwillig zugewendeten Nießbrauche die Bürgschaftsleistung vom Testator nicht erlassen werden. c. 1 Cod. de usufr. 3, 33, c. 7 Cod. ut in poss. leg. 6, 54. Dieser Satz galt auch in den Ländern des geschriebenen Rechts in Frankreich. Wenn eine solche Befreiung auch in dem Gebiete des Gewohnheitsrechts grundsätzlich für zulässig galt, so war sie doch bei dem don mutuel entre époux als ein moyen indirect d'entamer la propriété nicht gestattet.

Nr. 1923. II. Hilfs-Sen. 15. März 1880. V. 123. 79. Bd. 1, Nr. 138, S. 386.

Wirksamkeit des nicht eingetragenen Nießbrauchs. (Preuß. R.). § 12 des Gesetzes über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872. Der Klägerin ist der Anspruch auf das Nießbrauchsrecht an dem Auszugshause durch dasselbe Testament vermacht worden, durch welches der Gemeinschuldner auf Grund der darin enthaltenen Erbeseinsetzung das Miteigentum an dem Grundstücke erlangt hat, und die Klägerin ist in Ausübung jenes Anspruches in den Besitz des Auszugshauses getreten, bevor der Konkurs eröffnet und die Besitztitelberichtigung für den Gemeinschuldner erfolgt ist. Die Klägerin ist für befugt erachtet, die Eintragung ihres dinglichen Nutzungsrechtes zur Wirksamkeit gegen Dritte auch gegenüber dem beklagten Konkursverwalter zu verlangen. Bei Lage der Sache war die Klägerin mit Rücksicht auf die §§ 13, 14 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 befugt, von dem Gemeinschuldner, wenn dieser selbst noch vor der Konkurseröffnung über sein Vermögen auf Grund des Testamentes sein Miteigentum an dem Grundstück in das Grundbuch hätte eintragen lassen, auch die Eintragung des auf derselben Urkunde beruhenden Nießbrauches für sich zu verlangen. Dem Gemeinschuldner verbleibt trotz der Konkurseröffnung das Eigentum an seinem Vermögen. Die Konkursgläubiger sind als Dritte im Sinne des § 12 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 nicht anzusehen. Der § 10 der preußischen K.O. vom 8. Mai 1855 (entsprechend dem § 12 der R.K.O.) steht der Klägerin nicht entgegen; es handelt sich nicht um ein Pfand- oder Hypothekenrecht, sondern um ein unter den Begriff der Reallasten im Sinne des § 49 Tit. I. der Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 fallendes Nießbrauchsrecht; auch können die Konkursgläubiger für sich nicht mehr in Anspruch nehmen, als dem Gemeinschuldner bei der Konkurseröffnung bereits zustand.

Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

Nr. 1924. III. Sen. 4. November 1881. III. 464. 81. Bd. 7, Nr. 53, S. 164.

Immerwährende Personalservitut zu Gunsten eines Personenvereines. Expropriation. (Gem. R.). Das heutige Recht hat die Möglichkeit der Bestellung von Realservituten ohne herrschendes Grundstück und ohne die römischrechtlichen Beschränkungen auf die Lebenszeit des Berechtigten bezw. 100 Jahre erweitert und solche in mannigfacher Anwendung zu Gunsten territorialer und personaler Kreise zugelassen, sofern nur die dienende Sache den vorausgesetzten vermögensrechtlichen Vorteil dauernd zu gewähren vermag. Nr. 1931. Nr. 1894. Nr. 1918. Im vorliegenden Falle sind alle Bedingungen zur Konstituierung einer immerwährenden Personalservitut mit dinglicher Wirkung vorhanden. Bei der Übertragung der Wiese an J. ist den seitherigen Eigentümern, ihren Nachkommen und eventuell den übrigen Schiffern in N. auf ewige Zeiten das Recht eingeräumt worden, ihre Wasserfahrzeuge zum Schutze gegen den Eisgang unter bestimmten Modalitäten auf jenem Grundstücke unterzubringen. Das Rechtsverhältnis unter den beteiligten Schiffern erscheint als Societät. Nr. 57. Die Benutzung der Grundfläche setzte eine Verständigung unter den Teilnehmern notwendig voraus; es ist unerheblich, ob bereits bei dem Erwerbe der Wiese eine vertragsmäßige Vereinigung der Schiffer bestanden hat, ein Gesellschaftsvertrag kann auch stillschweigend geschlossen werden und einer Rechtsgemeinschaft nachfolgen. Auch eine Unbestimmtheit der berechtigten Subjekte ist nicht vorhanden. Nach den Grundsätzen des deutschen Rechts wird durch das Ausscheiden einzelner oder selbst aller ursprünglichen Gesellschafter ein Societätsverhältnis nicht aufgehoben, wenn es nach dem Willen der Kontrahenten dauernd bestehen und zur Aufnahme neuer Mitglieder befähigt sein soll. Wie solche zwischen Korporationen und gewöhnlichen Societäten in der Mitte stehende Vereine ihren Fortbestand sichern, an welche Bedingungen sie den Ein- und Austritt ihrer Mitglieder knüpfen und in welcher Weise sie deren Beziehungen zu dem Vereinsvermögen regeln wollen, ist im allgemeinen der autonomen Festsetzung der Genossen überlassen. Auch die Auswahl und Reihenfolge des Eintritts in den Verein ist ausschließlich eine innere Angelegen-

heit der Gesellschaft und berührt die Vertragspflichten des Käufers des dienenden Grundstücks sowie der Rechtsnachfolger derselben nicht. Nr. 1835. Die Aktivlegitimation der aufgetretenen 34 Schiffer zur Einklagung des Schadensersatzes wegen Entziehung und Schmälerung der Servitut durch die stattgehabte Zwangsenteignung ist nicht zu beanstanden. Gemeinrechtlich tritt im Falle einer Zwangsenteignung das vom Exproprianten zu zahlende Geldäquivalent an die Stelle der enteigneten Sache. Der Expropriat kann keine anderen und weitergehenden Rechte an die Entschädigungssumme verfolgen, als ihm an dem Gegenstande der Zwangsenteignung selbst zugestanden haben. Steht aber, wie festgestellt ist, nicht ein jus singulorum, sondern ein dem Verein als solchem erworbenes Recht in Frage, so darf nach deutschrechtlichen Grundsätzen auch die Mehrheit der Schiffer klagen, und in der That hat die Majorität der Schiffer den streitigen Entschädigungsanspruch erhoben. Nach den Grundsätzen des Expropriationsrechtes muß die Entschädigung, die der Expropriant dem Eigentümer der expropriierten Sache und dem Servitutberechtigten wegen Eingriffes in deren Rechte zu gewähren hat, eine vollständige sein. Sie erstreckt sich auf alle Vermögensnachteile, die mit der Abtretung des Grundstückes oder eines Teiles desselben zu öffentlichen Zwecken in Zusammenhang stehen. Nun ist den Schiffern in N. ein Teil des dienenden Grundstückes und, in Verbindung damit, die Benutzung der Landstraße zur leichteren Bergung ihrer Wasserfahrzeuge gerade durch die Expropriation entzogen worden. Nach beiden Richtungen repräsentierte der frühere Zustand des dienenden Grundstückes sowohl wie der Landstraße einen Vermögenswert, den die Schiffer zur Herstellung der Eisenbahnanlage im öffentlichen Interesse aufzugeben gezwungen waren. Ein Fall dieser Art steht nicht demjenigen gleich, in welchem ein dritter nicht durch die Expropriation betroffener Grundeigentümer oder dinglich Berechtigter infolge einer Bahnanlage Vorteile verliert, deren Ausnutzung ihm seither durch die bloße Thatsache des Bestehens einer Landstraße oder eines sonstigen öffentlichen Weges möglich war. Zur Entschädigung verpflichtet ist der badische Fiskus, da die badische Regierung expropriiert und denjenigen Teil des fraglichen Grundstückes erworben hat, auf welchem der Eisenbahndamm aufgeschüttet und der Fußweg angelegt und erhöht worden ist, nicht der hessische Fiskus, wenn dieser andere Unternehmer demnächst auch diese beiden letzteren Anlagen ausgeführt hat.

---

§ 78.

Vorkaufsrecht.

B.G.B. §§ 1094—1104.

I. 952—960. II. 1003—1013. III. 1077—1087. M. III. 447—465. E.G. Art. 62, 113. Stobbe II. §§ 87—90. Dernburg I. §§ 380, 381.

Nr. 1925. V. Sen. 13. Oktober 1883. V. 198. 83. Bd. 10, Nr. 59, S. 218.

Natur des Näherrechts. (Gem. und preuß. R.). Das Näherrecht beruht auf einer gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Verpflichtung und steht demjenigen zu, der sich in den vom Gesetze privilegierten Verhältnissen (Verwandtschaft, Markgenossenschaft, Nachbarschaft, Lehensverband) befindet, woraus folgt, daß es durch Vertrag oder Testament nicht entstehen kann. Seine Unübertragbarkeit auf Andere, die nicht selbst in jenem Verhältnisse stehen, ist seiner inneren Natur nach von selbst ausgeschlossen, es ist daher weder cessibel noch vererblich. Dem Erben steht es nicht vermöge seines Erbrechts, sondern stets nur aus eigenem Recht zu, falls er nämlich selbst in dem dasselbe bedingenden Verhältnisse steht.

Nr. 1926. V. Sen. 9. Februar 1881. V. 558. 80. Bd. 4, Nr. 65, S. 230.

Kollision der Hypothek mit dem später eingetragenen Vorkaufsrechte bei der Subhastation. (Preuß. R.). Wenn auch zwischen Hypothek und Vorkaufsrecht beim Zwangsverkaufe eine Kollision nicht in dem Sinne stattfinden kann, daß die Ausübung des einen Rechts durch das andere unmittelbar behindert wird, weshalb auch das Vorkaufsrecht in der Rangordnung der aus den Kaufgeldern zu befriedigenden Rechte grundsätzlich keine Stelle finden kann, § 500, I. 20 A.L.R., § 34 des E.E.G. vom 5. Mai 1872, §§ 51, 52, 55 der preußischen K.O. vom 8. Mai 1835, und wenn auch das dingliche Vorkaufsrecht den Wert des Grundstückes an sich nicht beeinflußt und insofern nicht den Abgaben, Reallasten und Servituten gleich zu stellen ist, §§ 48—50, I. Hypothekenordnung, § 28 der Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853, §§ 11, 12 des Gesetzes vom 5. Mai 1872, so ist nichtsdestoweniger die Möglichkeit der Kollision beider Rechte vorhanden. Solche kann dadurch eintreten, daß das eine Recht durch die Ausübung des anderen indirekt gefährdet und benachteiligt wird. Die Benachteiligung liegt in Beziehung auf Hypothekenrechte vor, wenn das Grundstück mit der in einem dinglichen Vorkaufsrechte liegenden Beschränkung ausgeboten und erstanden werden soll, wodurch der Kauf desselben zu einem gewagten Geschäfte wird und folgerecht die Gebote und das Kaufgeld so herabgedrückt werden können, daß letzteres zur Befriedigung der Hypothekengläubiger nicht hinreicht. Der schon in § 24, I. 20. A.L.R. enthaltene und in § 47 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 weiterentwickelte Grundsatz will verhindern, daß ältere Hypotheken durch die Übernahme jüngerer dinglicher Rechte der II. Abteilung auf das Kaufgebot geschädigt werden. Das dingliche Vorkaufsrecht ist aber ein dingliches in die II. Abteilung des Grundbuches gehöriges Recht, § 570, I. 20 A.L.R., also eine Last im Sinne des § 47 a. a. O., und diese seine Natur wird durch die in dem Gesetze vom 5. Mai 1872 beliebte Scheidung von Eigentumsbeschränkungen und dinglichen Rechten nicht behoben. Im vorliegenden Falle sind alle Voraussetzungen des § 47 a. a. O. gegeben. Das ohne eine Bestimmung in Ansehung des Vorkaufsrechts abgegebene Meistgebot deckte die Hypothek des Beklagten bei weitem nicht und das Vorkaufsrecht steht derselben als jüngeres Recht nach, §§ 17, 36 a. a. O. Deshalb hatte der Subhastationsrichter das erklärte Meistgebot zwar nicht zu berücksichtigen, er hatte vielmehr zur anderweiten Ausbietung ohne Verpflichtung zur Duldung des Vorkaufes zu schreiten und zwar auch ohne einen hierauf gerichteten Antrag abzuwarten. Der Kläger war daher nicht berechtigt, im Versteigerungstermine sein Vorkaufsrecht auszuüben und in ein unzulässiges Meistgebot einzutreten und der Beklagte ist als Hypothekengläubiger zu dem Proteste befugt gewesen und nicht gehalten, das beanspruchte Recht des Klägers (auf Eintritt in das Meistgebot) anzuerkennen. Der Umstand, daß der Beklagte als Ersteher das unzulässige seine Hypothek nicht deckende Meistgebot selbst abgegeben hat, ist unerheblich und verpflichtet ihn nicht, als Gläubiger den ihm nachteiligen Anspruch des Klägers anzuerkennen.

Nr. 1927. II. Hilfs-Sen. 25. April 1881. V a. 662. 80. Bd. 5, Nr 60, S. 223.

Vertragsmäßig vorbehaltenes Vorkaufsrecht des Erbzinsherrn. § 82 Einl. A.L.R. § 710, I. 18 das., §§ 569, 573, I. 20 das. §§ 2, 4 des Gesetzes betreffend die Ablösung der Reallasten vom 2. März 1850. Vorkaufsrechte können nicht bloß durch Verträge oder letztwillige Verordnungen, mit anderen Worten durch thatsächliche Erwerbsgründe oder Rechtstitel (Handlungen und Begebenheiten im Sinne der § 82 Einl. A.L.R.) besonders begründet sein, sondern auch unmittelbar (d. h. ohne die Vermittelung eines besonderen Titels) aus dem Gesetze entspringen. §§. 569, 573, I. 20 A.L.R. In dem ersten Falle sind sie erworbene, wohlerworbene, titulierte (jura quaesita), also Rechte von selbständigem Charakter (Rechte im engeren Sinne); im zweiten Falle erscheinen sie lediglich als gesetzliche Rechte (gesetzliche Befugnisse) d. h. als bloße Ausübungen eines in dem Gesetze anerkannten Rechtssatzes, und deshalb

in Ansehung ihrer Existenz und Dauer als vollkommen abhängig von dem Gesetze selbst und von der fortdauernden Geltung desselben. Mit den im § 4 des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 als in Kraft bleibend bezeichneten „durch Verträge oder letztwillige Verordnungen begründeten" Vorkaufsrechten sind nur solche Vorkaufsrechte gemeint, die die Eigenschaft erworbener (durch einen Rechtstitel besonders „begründeter") Rechte haben. Die Begründung eines erworbenen Rechts ist auch in dem Falle denkbar, wenn ein gesetzliches Recht gleichen Inhalts bereits besteht. Um aber ein bloßes gesetzliches Recht in ein erworbenes umzuwandeln, genügt dessen Erwähnung in einem Vertrage oder in einer letztwilligen Verfügung nicht. Soll neben einem gesetzlichen Rechte ein erworbenes Recht gleichen Inhaltes neu begründet werden, so muß die Absicht des Verfügenden hierauf besonders gerichtet sein. Der Regel nach wird dies nicht zweifelhaft sein, wenn derselbe in der betreffenden Verfügung das schon bestehende gesetzliche Recht überhaupt nicht erwähnt. Aber auch wenn Letzteres geschieht, kann jene Absicht aus dem Inhalte der Verfügung und aus den Umständen entnommen werden. Es kommt dabei also immer auf die Auslegung des Willens des Verfügenden an. Im vorliegenden Falle ist das gesetzliche Vorkaufsrecht, das der Klägerin (Stadtgemeinde) als Erbzinsherrin nach § 710, I. 18 A.L.R. an dem fraglichen Grundstücke zustand, durch das Gesetz vom 2. März 1850 aufgehoben. Der gerichtliche Erbzinsvertrag vom Jahre 1819 ist nach seiner Fassung: „Die Stadtverordneten behalten sich nach näherer Vorschrift des Gesetzes das Vorkaufsrecht vor" mit der Annahme eines neubegründeten, gegenüber dem Gesetze selbständigen (nur seinem Inhalte nach sich daran anschließenden) Vorkaufsrechts unvereinbar. Nr. 1666.

Nr. 1928. V. Sen. 9. Juli 1887. V. 119. 87. Bd. 19. Nr. 54, S. 290.

Gesetzliches Vorkaufsrecht des Miteigentümers einer Hypothekenforderung. (Preuß. R.). Das in den §§ 61, 65, I. 17 A.L.R. dem Miteigentümer gegebene Vorkaufsrecht greift nicht Platz, wenn es sich um Veräußerung eines Anteils an einer Hypothekenforderung durch Cession handelt. Aus Grund und Zweck des Näher- und Vorkaufsrechts beim Miteigentum ist keine Ursache zu entnehmen, es auf die Gemeinschaft an Forderungen anzuwenden. Das A.L.R., wenn es auch das Eigentumsrecht dem Wortlaute nach nicht auf körperliche Sachen beschränkt, unterscheidet trotzdem wenigstens äußerlich zwischen Veräußerungen von körperlichen Sachen und Rechten, auch wenn die Veräußerung gegen bares Geld erfolgt. (§§ 1, 381, I. 11 A.L.R.). Nr. 2637.

---

§ 79.

Reallasten.

B.G.B. §§ 1105—1112.

I. 1051—1061. II. 1014—1021. III. 1088—1095. M. III. 572—594. E.G. Art. 96, 113—116, 120, 121, 132. Stobbe II. §§ 100—105. Dernburg I. §§ 305—311.

Nr. 1929. III. Sen. 10. März 1885. III. 325. 84. Bd. 13, Nr. 44, S. 186.

Gutsabtretungsvertrag. Rechtliche Natur des vorbehaltenen Altenteils. (Gem R.). Beide Vorinstanzen gehen davon aus, daß nach deutschem Gewohnheitsrechte der von dem abgehenden Hofeswirt für sich bezw. für seine Ehefrau stipulierte Altenteil die Natur einer wahren auf dem abgetretenen Gute ruhenden Reallast hat. Dem ist beizutreten. Die Rechtsanschauung, daß der von dem zurücktretenden Kolonus vorbehaltene Altenteil aus dem Hofe zu gewähren ist, für denselben eine Hofeslast bildet, beruht auf der Beziehung des Kolonus zum Hofe und ist im Wesen des Kolonates begründet. Die Realqualität nicht nur der vorbehaltenen Wohnung und Nutzung, sondern auch

der bedungenen Leistung ergab sich von selbst, wenn der Gutsherr den Abtretungsvertrag bestätigte oder wenn schon der Grundbrief dem zurücktretenden Kolonus einen Altenteil zusicherte. Aber auch wo ein Obereigentum niemals bestand, war die Rechtsanschauung begründet, daß der alte Kolonus wegen der von ihm mit dem Gutsnachfolger vereinbarten Leibzucht ein Recht an dem Hofe selbst und gegen den jedesmaligen Besitzer, nicht bloß einen persönlichen Anspruch gegen den Gegenkontrahenten erwarb. Soweit in neuerer Zeit die Entstehung dinglicher Rechte an Grundstücken von der Eintragung in Grund- und Hypothekenbücher abhängig ist, ist damit auch jenes Gewohnheitsrecht ausgeschlossen. Im vorliegenden Falle, nach lippischem Rechte, wird für die Entstehung dinglicher Rechte die Eintragung nicht verlangt. Danach hat die vom Kläger vorbehaltene Leibzucht Realqualität, wenn der Vertrag, worin sie vorbehalten ist, ein bäuerlicher Gutsabtretungsvertrag ist. Dies ist vom Berufungsrichter mit Recht angenommen. Die Abtretung ist an eine Tochter erfolgt, welche sich mit einem Landwirte verheiraten und auf der Stelle niederlassen wollte; dieser Tochter stand ferner die Nachfolge in das Kolonat zu, wenn der Anerbe und die ältere Schwester auf die Nachfolge verzichteten; Letzteres ist aber dadurch geschehen, daß sich die älteren Geschwister vor Gericht mit der Überlassung der Stätte an ihre jüngere Schwester einverstanden erklärt und ausdrücklich anerkannt haben, daß eine Benachteiligung der übrigen Geschwister nicht vorliege. Auch verliert die Gutsabtretung nicht den ihr eigentümlichen Charakter, wenn sie aus anderen Gründen als wegen Alters oder Gebrechlichkeit des Kolonen erfolgt. Endlich ist auch der Umstand, daß ein Wertsanschlag vereinbart ist und der Abtretende sich die Differenz zwischen dem Anschlage und dem Schuldenbetrage ausbedungen hat, nicht geeignet, den Vertrag zu einem Kaufgeschäfte zu machen. Ist nun bei der auf Antrag eines eingetragenen Gläubigers eingeleiteten Subhastation das Altenteil, wie feststeht, angemeldet worden, so ist auch diese Hofeslast auf den Beklagten als Ersteher übergegangen, da der Zuschlag auf Grund der Verkaufsbedingungen erteilt ist und nach diesen „Lasten und Abgaben" der verkauften Stätte auf den Käufer übergehen. Ob die Gläubiger und der Beklagte selbst dem Übergange der Leibzucht auf den Ersteher im Verkaufstermine widersprochen haben, ist unerheblich, weil eine Änderung der Verkaufsbedingungen nicht erwirkt und das Gut unter den aufgestellten Bedingungen verkauft und zugeschlagen worden ist.

Nr. 1930. I. Sen. 29. Mai 1880. I. 42. 80. Bd. 1, Nr. 129, S. 360.

Fruchtzins. (Gem. R.). Wenn der Fruchtzins die Gegenleistung für die Überlassung des Nutzungsrechts an dem Grundstücke bildet, von welchem er zu entrichten ist, so erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß der Zinspflichtige seiner Verpflichtung genügt, wenn er auf dem zinsbaren Gute im Zinsjahre gezogene Früchte durchschnittlicher Beschaffenheit liefert.

Nr. 1931. III. Sen. 23. November 1880. III. 638. 80. Bd. 4, Nr. 38, S. 131.

Prädialservituten zu Gunsten territorialer oder personaler Kreise. (Gem. R.). Wie das deutsche Recht überhaupt die Möglichkeit zur Bestellung von ländlichen Grunddienstbarkeiten mit mannigfaltigerem Inhalt und in weiterem Umfange anerkennt als das römische Recht, so hat es namentlich nicht schlechthin festgehalten an dem Erfordernis, daß die Dienstbarkeit lediglich zum Nutzen eines bestimmten einzelnen Grundstückes bestellt werden könne, läßt sie vielmehr in mannigfachen Anwendungen, namentlich bei Holzungsrechten, Weide und Hutgerechtsamen u. s. w., auch zu Gunsten ganzer territorialer oder personaler Kreise zu, wofern nur das durch die Servitut zu befriedigende Bedürfnis konkret begrenzt ist und den Charakter der Dauer (perpetua causa) trägt. Von diesem Gesichtspunkte aus ist dem hier fraglichen Abkommen die Anerkennung nicht zu versagen, wenn es der Domänenfiskus in seinem Interesse findet, beim Verkauf des Schlosses E. dem Käufer in der Form einer Dienstbarkeit die Pflicht aufzuerlegen, die

durch das verkaufte Areal gehende das Quellwasser des Berges nach dem Badeorte E. führende Röhrenleitung zu dulden, auch deren Instandhaltung nicht zu hindern und einen Teil des Abflusses von dem ihm vergönnten Brunnenstock für einen gewissen gewerblichen Zweck abzulassen. Nr. 1924. Nr. 1894. Nr. 1918.

Nr. 1932. I. Sen. 3. Oktober 1883. I. 237. 83. Bd. 10, Nr. 47, S. 172.

Gegenseitige Reallasten. (Gem. R.). Der Berufungsrichter hat angenommen, daß mit dem Besitze der Büdnerstellen der Kläger einerseits und dem des Gutes des Beklagten andererseits die fraglichen Berechtigungen und Lasten (Verpflichtung der Büdner, in der Ernte auf dem Gute zu arbeiten, Hilfe beim Richten der Gutsgebäude zu leisten u. s. w., Verpflichtung des Gutsbesitzers, den Büdnern einen bestimmten Lohn, Winterfutter für eine Kuh und andere Emolumente zu gewähren), dauernd und unkündbar mit realem Charakter verbunden sind. Diese Annahme ist juristisch zulässig, auch liegen die erforderlichen Grundlagen für dieselbe in thatsächlicher Begründung vor. Insbesondere sind dauernde Lasten und Rechte der fraglichen Art in der Form der Reallasten sehr wohl denkbar. Begrifflich steht nichts entgegen, das durch den Besitz bestimmte berechtigte Subjekt zugleich für Leistungen, welche als konnexe Gegenleistungen für das Forderungsrecht erscheinen, zum verpflichteten Subjekte auf Grund seines Besitzes zu machen und auf diesem Wege dem auf gegenseitige Leistungen abzielenden Verhältnisse den Charakter einer gegenseitigen Reallast mit entsprechendem Forderungsrechte zu verleihen. Voraussetzung eines solchen Verhältnisses ist die Natur der gegenseitigen Leistungen. Handelt es sich um solche gegenseitige Leistungen, welche sich nach dem Willen der Beteiligten niemals erschöpfen, vielmehr in einer einheitlichen auf ihre dauernde Gewährung gerichteten Obligation aufgehen sollen, so ist ein solches Verhältnis seiner Natur nach wohl geeignet, an den Besitz eines bestimmten Grundstückes auf beiden Seiten angeknüpft zu werden und hiermit die Natur einer gegenseitigen Reallast anzunehmen. Derartige Leistungen liegen hier vor. Wenn sich in dem ganzen Verhältnisse nach Art der Leistungen und Gegenleistungen eine unverkennbare Ähnlichkeit mit dem gewöhnlichen Tagelöhnerverhältnisse zeigt, so hat hierin nur ein Grund zur genauen Prüfung der Frage liegen können, ob denn in der That die Büdner und der Gutsbesitzer für die fraglichen Leistungen in ein von der Willkür der Verpflichteten unabhängiges dauernden Verhältnis haben treten wollen. Der Berufungsrichter hat aber auch nach dieser Seite hin das Erforderliche erwogen, und wenn er einerseits das Bedürfnis zu einer festen Gestaltung der gegenseitigen Beziehungen auf beiden Seiten hervorhebt und andererseits in der über Menschengedenken fortgesetzten gleichmäßigen Übung die gegenseitige Anerkennung eines von einseitiger Willkür unabhängigen Verhältnisses erblickt, so ist diese wesentlich thatsächliche Betrachtung durchaus geeignet, seine schließliche Annahme von der Anknüpfung der Last und des Rechts an den Besitz der Grundstücke und von der Unzulässigkeit einseitiger Lösung des Verhältnisses zu begründen. Die Anwendbarkeit des Rechtsinstituts der Unvordenklichkeit auf die fraglichen Lasten und Rechte ist unbedenklich, da dasselbe bei allen Rechten, die eine fortdauernde Ausübung gestatten, insbesondere auch bei Reallasten, Platz greift. Nr. 2378.

Nr. 1933. II. Hilfs-Sen. 27. November 1879. V^a. 29. 79. Bd. 1, Nr. 49, S. 120.

Deutschrechtliche Servituten, Reallasten. (Preuß. R.). Die auf einem Grundstücke haftende Verpflichtung, für ein anderes Grundstück gegen eine festbestimmte Geldvergütung gewisse Arbeiten zu verrichten (z. B. eine Wiese zu mähen), ist durch § 2 Nr. 7 des preußischen Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 nicht aufgehoben.

Nr. 1934. II. Sen. 21. November 1882. II. 364. 82. Bd. 8, Nr. 78, S. 300.

Weiderecht als deutschrechtliche Servitut. Erwerbung durch unvordenkliche Verjährung. Übertragung ohne das herrschende Grundstück nach Einführung des badischen

Landrechts. (Rhein. R.). Gegenüber der Negatorienklage stützt die beklagte Gemeinde das von ihr beanspruchte Weiderecht auf einen Vergleich vom Jahre 1852, wodurch diejenigen Bürger der Gemeinde, die bisher Erbbeständer des sogen. Schäfereigutes waren und als solche das Schafweiderecht hatten, letzteres der Beklagten gegen eine Abfindungssumme abgetreten haben. Die Standesherrschaft L. und ihre Rechtsnachfolger, die Erbbeständer, haben das fragliche Weiderecht als persönliches und nicht als ein einer Liegenschaft zugehörendes Recht besessen. Durch unvordenkliche Ersitzung konnte das Weiderecht daher als Grunddienstbarkeit nicht zu Gunsten des Schäferei- oder Erbbestandsgutes erworben werden. Wäre es aber für das Gut erworben, so hätte es nach L.R. S. 637, 686 auch nur mit dem hiernach herrschenden Grundstücke übertragen werden können. Wollte man aber annehmen, daß das Weiderecht durch unvordenkliche Ersitzung vor Einführung des Landrechts für die Person der Standesherrschaft erworben werden konnte und erworben ist, so hätte dasselbe doch jedenfalls nicht auf die beklagte Gemeinde übertragen werden können. Bei der Unterstellung, daß ein derartiges Recht zur Zeit der Einführung des badischen Landrechts bestanden habe, würde es doch unter der Herrschaft desselben, da letzteres für derartige Rechte keine gesetzliche Grundlage darbietet, nach L.R. S. 6[b], 710[a] und [b] keinen Anspruch auf civilrechtlichen Schutz haben. Jedenfalls ist die neue Bestellung oder Errichtung solcher Rechte unzulässig (Art. 40 des Ablösungsgesetzes vom 31. Juli 1848) und unter der Herrschaft des Landrechts können keine Übertragungen stattfinden, die nicht nur dem Geiste des Gesetzes geradezu widersprechen, sondern auch Inhalt, Umfang und Dauer des einmal bestehenden Rechts ändern (L.R. S. 2[b], 686). Als eine solche unstatthafte Veränderung erscheint aber im vorliegenden Falle die Übertragung auf eine andere Person, insbesondere eine Gemeinde. Auch wäre eine solche Übertragung auf eine Gemeinde einer nach L.R. S. 686 fernerhin unstatthaften Bestellung des Weiderechts zu Gunsten einer Person gleich zu achten, und eine Korporation, der zufolge L.R. S. 619 in Zukunft die Nutznießung nur auf 30 Jahre eingeräumt werden kann, würde dadurch ein Weiderecht für ewige Zeiten erlangen. Hiernach konnte durch den Vergleich vom Jahre 1852 der beklagten Gemeinde das streitige Weiderecht rechtswirksam nicht übertragen werden, mag man es als eine eigentliche Grunddienstbarkeit oder als eine persönliche Berechtigung der Standesherrschaft auffassen.

Nr. 1935. V. Sen. 28. Oktober 1882. V. 514. 82. Bd. 8, Nr. 54, S. 207.

Natur des Rechtes eines Grundstücksbesitzers, auf einem anderen Grundstücke Erze, Steinkohlen, Steine in Besitz zu nehmen. §§ 12, 25, 90—92, 201, 203, 205—212, I. 22 A.L.R. (Preuß. R.). Im deutschen Rechte haben sich durch die Gemeindeverfassungen, die gutsherrlichen Rechte und das Gesamteigentum an Grund und Boden Nutzungsrechte an Grundstücken gebildet, die ihrem Inhalte nach weit über die Grenzen hinaus gehen, die das römische Recht der Beschränkung des Eigentumes durch Servituten gesteckt hat. Nach der Theorie des A.L.R. kann jedes Nutzungsrecht an einem fremden Grundstücke in beliebigem Umfange, also unabhängig von den Bedürfnissen einer Person oder eines Grundstückes, durch Besitzübertragung oder Eintragung ins Grundbuch zu einem dinglichen Rechte gemacht werden, und es fällt dann unter den Begriff der in der gemeinrechtlichen Theorie sogen. irregulären Personalservituten. §§ 125 ff. I. 2; §§ 9, 12, 22, 23, I. 19; §§ 1—5, I. 21 A.L.R. Ob aber ein solches Nutzungsrecht, auch wenn es subjektiv dinglich ist, als eine eigentliche Grundgerechtigkeit anzusehen ist, kann nur aus dem Begriffe, den das A.L.R. von einer solchen aufstellt, beantwortet werden. Der landrechtliche Begriff der Grundgerechtigkeit ist aber mit dem der römischen Prädialservitut identisch. Dem Begriffe derselben wohnt die Beziehung auf den Vorteil des herrschenden Grundstückes als etwas so Wesentliches inne, daß die Berechtigung ohne solche Beziehung gar nicht gedacht werden kann und daß daher weder das Recht noch auch dessen bloße

Ausübung von dem herrschenden Grundstücke zu trennen ist. Vergl. § 12, I. 22 A.L.R. §§ 124, 129, I. 2 das. §§ 25, 90—92, 201, 203, 205—212, I. 22 A.L.R. Im Anschlusse an die bildliche Ausdrucksweise der römischen Juristen „jus praedii", „fundo servitus debetur", „jus rei conceditur" wird im A.L.R. geradezu das herrschende Grundstück als das berechtigte Subjekt bezeichnet. Es ist zwar richtig, daß dingliche Berechtigungen des Inhalts, daß bestimmte Quantitäten Holz, Torf oder Fossilien zu beliebiger Verwendung, also auch zum Verkaufe aus dem fremden Grundstücke entnommen werden dürfen, bestehen können und daß trotz der Bestimmungen der §§ 90, 91, 201—203, I. 22 A.L.R. der Hutungsberechtigte die Befugnis, jede beliebige Stückzahl Vieh auf die Weide zu treiben, der Holzberechtigte das Recht erwerben kann, jede Quantität Holz auch zum Verkauf aus dem fremden Walde zu entnehmen, aber es sind solche Berechtigungen nicht als eigentliche Grundgerechtigkeiten anzusehen. Der Grundsatz, daß alle Grundgerechtigkeiten keiner Eintragung bedürfen, ist auch im § 12 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 beibehalten. Derselbe würde mit der ganzen Tendenz dieses auf Sicherheit des Realkredits hinzielenden Gesetzes in schroffem Widerspruche stehen, wenn man nicht annähme, daß der Gesetzgeber den Begriff der Grundgerechtigkeit in dem engeren Sinne der römischen Prädialservitut verstanden habe. Nr. 1761.

Nr. 1936. III. Sen. 26. September 1884. III. 52. 84. Bd. 12, Nr. 43, S. 176.

Dingliches Nutzungsrecht an einem fremden Grundstücke für den jeweiligen Besitzer eines anderen Grundstücks. (Gem. R.). Der Kirche in O. gehörte ein zum Benefizium des dortigen Pfarramts bestimmtes Grundstück, der sogen. Priesteracker. Durch einen Vertrag vom Jahre 1706, abgeschlossen zwischen dem damaligen Inhaber des Pfarramts und dem Pächter des damals landesherrlichen Gutes K., bestätigt von dem Landesherrn als Eigentümer des Gutes K. und als summus episcopus, wurde die landwirtschaftliche Benutzung des Priesterackers auf den Pächter des Gutes K. übertragen dergestalt, daß gegen die Zahlung des festgesetzten jährlichen Kanons und einige andere Leistungen der jeweilige Eigentümer des Gutes K. den Besitz und die landwirtschaftliche Benutzung des Priesterackers erlangen sollte. Das Berufungsgericht nimmt an, daß durch den Vertrag ein dingliches der Erbpacht analoges Recht begründet worden sei. Nach dem eng begrenzten Systeme der dinglichen Rechte im römischen Rechte, welches die Verbindung obligatorischer Rechte mit einem Grundstücke überhaupt nicht und die Verknüpfung dinglicher Rechte mit demselben nur in beschränktem Maße kannte, konnte allerdings ein Rechtsverhältnis, wie es hier vorliegt, nicht begründet werden, wohl aber nach deutschem Rechte. Wenn es nach diesem gestattet war, an den Besitz eines Grundstücks obligatorische und gewerbliche Rechte der mannigfachsten Art (z. B. die den Reallasten entsprechenden Rechte, Retraktrechte, Bannrechte u. s. w.) zu knüpfen, so läßt sich ein grundsätzliches Bedenken auch nicht gegen einen Vertrag erheben, wodurch die landwirtschaftliche Benutzung eines Grundstücks dem jeweiligen Besitzer eines anderen Grundstücks gegen die Bezahlung eines Kanons dauernd übertragen wird. Es kann nur in Frage kommen, ob die etwa für einen solchen Vertrag notwendigen Förmlichkeiten beobachtet sind und ob die Kontrahenten befugt waren, diesen Vertrag rechtswirksam abzuschließen.

Nr. 1937. III. Sen. 28. November 1884. III. 102. 84. Bd. 12, Nr. 50, S. 201.

Übertragbarkeit einer Reallastberechtigung. (Gem. R.). Eine als Realrecht bestehende Reallastberechtigung kann durch den Eigentümer des berechtigten Gutes nicht einseitig von dem letzteren abgetrennt und auf ein anderes Rechtssubjekt, insbesondere eine Person, übertragen werden. Die Übertragung eines Realrechts auf ein anderes Rechtssubjekt, nicht bloß auf eine Person, sondern auf ein anderes Grundstück, unter Erhaltung der Identität des Rechts ist überhaupt unausführbar; sie ist nur in dem Sinne und in der Weise rechtlich möglich, daß unter Aufhebung des bis-

herigen Realrechts zugleich zum Ersatze desselben eine andere, auf dieselbe Leistung sich richtende, personale oder reale Reallastberechtigung neu konstituiert wird. Deshalb kann eine solche Rechtsumwandlung nicht durch eine einseitige Verfügung des Eigentümers des berechtigten Grundstückes, sondern nur nach Maßgabe der über die Begründung und die Aufhebung von Reallasten geltenden Grundsätze bewerkstelligt werden. Die in Seuffert Arch. Bd. 35 Nr. 302 mitgeteilte Entscheidung des Reichsgerichts steht nicht entgegen. In dem dortigen Falle handelte es sich um das einem adligen Gute gegen früher gutsangehörige Besitzungen zuständige Recht auf Unterhaltung der Gutswege; als von dem Gute eine Hofstelle abgetrennt und veräußert wurde, wurde derselben auch das Realrecht, soweit es die dem Hofe zugelegten Wege betraf, übertragen. Diese dort gebilligte Übertragung muß auch als rechtlich statthaft erscheinen, weil das Realrecht seinem Inhalte nach als nicht sowohl mit dem ganzen Gute, sondern nur mit dem Areal der Wege verknüpft zu betrachten und somit bei der Übertragung des Rechtes an den dies Areal befassenden Hof das Subjekt des Rechtes unverändert geblieben war. Im vorliegenden Falle wollen die Kläger ihre Aktivlegitimation daraus herleiten, daß sich ihr Erblasser bei der Veräußerung des realberechtigten Gutes den Anspruch auf die fraglichen Gefälle für seine Person und seine Familie vorbehalten hat. Da dieser einseitige Vorbehalt eine Übertragung des Rechtes von dem Gute auf die Person des Erblassers der Kläger nicht zu bewirken vermochte, so ist die erhobene Klage wegen Mangels der Aktivlegitimation abzuweisen. Nr. 1886.

Nr. 1938. III. Sen. 9. Juli 1886. III. 44. 86. Bd. 16, Nr. 30, S. 141.

Rechtliche Natur der Klage auf eine einzelne fällige Leistung aus der Reallast. (Gem. R.). Die Frage, mit welcher Klage der Anspruch auf eine einzelne fällige Leistung aus einer Reallast geltend zu machen sei, ist bestritten; während namentlich in älterer Zeit angenommen wurde, daß auch diese mit der actio confessoria einzuklagen sei, wird die Klage in neuerer Zeit als eine persönliche angesehen, doch gehen die Ansichten insoweit auseinander, als Einige die Klage als eine actio in rem scripta bezeichnen, während Andere sie als eine einfach persönliche Klage betrachten. Diese letztere Ansicht ist zu billigen. Denn es handelt sich lediglich um eine von dem Besitzer des belastenden Grundstücks zur Zeit der Fälligkeit der geforderten Leistung vorzunehmende Erfüllung einer Obligation. Die Natur der Leistung als einer rein obligatorischen kann dadurch nicht geändert werden, daß die einzelne Leistung Ausfluß des unter den Regeln des Immobiliarsachenrechtes stehenden Rechts im ganzen ist und daß Schuldner der Leistung der Besitzer des belasteten Grundstücks zur Zeit der Fälligkeit der Leistung ist. Als eine actio in rem scripta kann die Klage nur da angesehen werden, wo partikularrechtlich feststeht, daß der Besitzer des belasteten Grundstücks durch Dereliktion von der Verpflichtung für die Rückstände frei wird und der Singularsuccessor im Besitze für die Rückstände verhaftet wird. Die Frage der rechtlichen Natur der Klage war im vorliegenden Falle erheblich, weil nach dem in Betracht kommenden Partikularrecht für rein persönliche Klagen eine kurze Verjährungsfrist besteht.

Nr. 1939. V. Sen. 10. Januar 1891. V. 216. 90. Bd. 27, Nr. 55, S. 230.

Anspruch auf Eintragung eines Altenteils ohne Bestellung eines Pfandrechts. (Preuß. R.). Die Beklagte hat der Klägerin, ihrer Tochter, für den Fall, daß die Letztere die Ehe mit ihrem jetzigen Ehemanne abschließen würde, versprochen, ihr und ihrem Ehemanne das jetzt streitige Grundstück käuflich zu überlassen. Die Klägerin verlangt, nachdem sie die Ehe eingegangen ist, Erfüllung des Versprechens. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, daß die Beklagte zum Abschlusse des zugesagten Vertrages verpflichtet ist, obwohl das Versprechen der Schriftlichkeit entbehrt. Nr. 349. Sofern das Altenteil und das damit verbundene Wohnungsrecht, welches nach der Behauptung

der Beklagten bei Zusage des Überlassungsvertrages von der Klägerin versprochen ist, bewiesen wird, kann die Beklagte die Eintragung dieses Altenteils entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch ohne ausdrückliche vertragsmäßige Bewilligung der Eintragung verlangen. Altenteile, die sich der Verkäufer bei Überlassung bäuerlicher Grundstücke vorbehält, haben den Charakter von Reallasten und zwar nicht bloß in betreff derjenigen Rechte des Auszüglers, die aus dem Grundstücke selbst gewährt werden, wie Wohnungsrechte, sondern in betreff aller dem Gutsannehmer auferlegten Leistungen. Reallasten gehören aber zu den an sich dinglichen Rechten und ihre Eintragung erfolgt, nicht weil die Berechtigung dadurch dinglich werden soll, sondern weil und insofern sie dinglich ist. Durch die neuere Gesetzgebung, insbesondere § 12 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 und den § 22 Abs. 2 des Immobiliarzwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883, wird die dingliche Wirkung der Reallasten insofern eingeschränkt, als sie gegen Dritte nur im Falle der Eintragung in das Grundbuch verfolgt werden können. Daraus läßt sich jedoch nicht folgern, daß der Gesetzgeber dem Inhaber der Reallast diejenigen Befugnisse habe entziehen wollen, die ihm aus der Natur seines Rechts gegenüber dem Gutsannehmer zustehen. Der Auszügler ist daher auch jetzt berechtigt, von seinem Kontrahenten die Eintragung seines an sich dinglichen Rechts behufs dessen Sicherung bei Übertragung des verhafteten Grundstücks an Dritte zu verlangen. Im vorliegenden Falle haben die Kontrahenten bei ihrer Abrede über den Verkauf des Grundstücks nach Inhalt der den Vertragswillen enthaltenden Urkunde beabsichtigt, den Altenteil der Beklagten als eine auf dem Grundstücke haftende Reallast zu konstituieren. Die Zusage der Eintragung liegt in der vereinbarten Festsetzung des Altenteils. Vergl. § 14 des E.E.G. vom 5. Mai 1872. Nr. 1940.

Nr. 1940. V. Sen. 4. April 1894. V. 333. 93. Bd. 33, Nr. 51, S. 229.

Rechtsstellung des Übernehmers einer nicht eingetragenen Reallast. Rechtliche Bedeutung der im Eintragungsvermerke enthaltenen Verweisung auf die betreffende Vertragsbestimmung. (Preuß. R.). Die Klägerin ist die Witwe des Ausgedingers S. Für diesen stand auf dem jetzt dem Beklagten gehörigen Grundstück ein „in den §§ 4 bis 6 des Kaufvertrages vom 16. Oktober 1862 näher angegebenes“ Ausgedinge eingetragen. In § 5 des gedachten Vertrages ist bestimmt: „Sollte sich der Verkäufer nochmals verheiraten, so verpflichtet sich der Käufer, das in § 4 festgesetzte Ausgedinge auch dessen Ehefrau, jedoch soweit es teilbar ist, nur zur Hälfte bis an deren Tod zu gewähren.“ In § 6 verpfändet der Käufer für das Ausgedinge das erkaufte Grundstück. Im Jahre 1877, nachdem inzwischen S. verstorben war, erwarb der Beklagte das gedachte Grundstück und übernahm in dem Kaufvertrage das darauf haftende Ausgedinge der Klägerin. Das für S. eingetragene Ausgedinge wurde auf Antrag des Beklagten am 3. Januar 1892 gelöscht. Hierauf klagte die Klägerin zunächst mit dem Antrag, den Beklagten zu verurteilen, darein zu willigen, daß das Ausgedinge für sie auf Grund des Vertrages vom 16. Oktober 1892 eingetragen werde. Diesem Verlangen hat der Beklagte insoweit entsprochen, daß er die Eintragung für die Klägerin bewirkt hat. Die Klägerin hielt sich hierdurch nicht für befriedigt, weil die neue Eintragung dem Ausgedinge wegen der seit 1862 eingetragenen Hypotheken nicht die gleiche Sicherheit gewähre wie die frühere und verlangte unter Erweiterung des Klagantrages, daß der Beklagte ihr das Vorrecht vor diesen Eintragungen verschaffe. Mit diesem Begehren ist die Klägerin in beiden Instanzen abgewiesen und ihre Revision zurückgewiesen. Ein Vertragsrecht steht der Klägerin gegen den Beklagten nicht zu. Die Übernahme des Ausgedinges durch den Beklagten in seinem Erwerbsvertrage hat nur bewirkt, daß der Beklagte nicht als ein Dritter im Sinne des § 12 des E.E.G. anzusehen ist, vielmehr das Ausgedinge als eine dingliche Last auch ohne Eintragung gegen sich gelten lassen und der Berechtigten die es bildenden Leistungen gewähren muß, auch auf deren Verlangen, wie geschehen, die Eintragung bewilligen mußte. Nr. 1939. Aber diese Ver-

pflichtungen beruhen lediglich auf dem dinglichen Boden der Reallast; eine persönliche Verpflichtung aus dem Vertrage, durch den das Altenteil konstituiert worden (dem Kaufvertrage vom 16. Oktober 1862), ist durch die Übernahme der Last auf den Beklagten nicht übergegangen und ebensowenig ist der Klägerin aus dem Vertrage, durch den der Beklagte das Grundstück erwarb, ein persönlicher Anspruch gegen den Letzteren erwachsen. Ihr Verhältnis zu dem Beklagten ist lediglich das des Realberechtigten zu dem Besitzer des belasteten Grundstücks. Aus diesem Gesichtspunkte ist auch nur der vorliegende Anspruch zu beurteilen. Danach kann der Anspruch nur darauf gegründet werden, daß der Beklagte in das dingliche Recht der Klägerin eingegriffen habe, und zwar kommt in dieser Beziehung in Betracht 1. die Löschung des für S. eingetragenen Ausgedinges, 2. die Belastung des Grundstücks mit Hypotheken, soweit sie vom Beklagten bewirkt ist. Offenbar hinfällig ist der zweite Klaggrund. Ein dingliches Recht, das zu seiner Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedarf, schließt zwar die Befugnis ein, die Eintragung von dem Konstituenten oder dem, der durch die Übernahme der Last als dinglich Verpflichteter an dessen Stelle getreten ist, zu verlangen, gewährt aber, solange die Eintragung nicht begehrt ist, an sich keinen Anspruch auf ein besonderes Vorrecht. Der Beklagte war daher durch die Übernahme des Ausgedinges nicht gehindert, sein Grundstück zu verpfänden und zu belasten. Hat er das gethan, so liegt hierin kein Eingriff in das dingliche Recht der Klägerin. In Ansehung der aus der Verpfändungserklärung sich ergebenden persönlichen Verpflichtung, die versprochene Sicherheit zu gewähren, ist der Beklagte nicht an die Stelle des Konstituenten getreten. Dagegen würde allerdings in der Löschung des für S. eingetragenen Ausgedinges ein den Beklagten zur Wiederherstellung des früheren Zustandes verpflichtender Eingriff in das dingliche Recht der Klägerin zu finden sein, wenn angenommen werden müßte, daß durch die Eintragung des Ausgedinges für S. auch das Teilnahme- und Nachfolgerecht der Ehefrau Dritten gegenüber gedeckt wurde. Es genügt aber zur Begründung dieser Annahme nicht, daß das Ausgedinge, das die Klägerin nach dem Tode ihres Ehemannes bezieht, kein anderes als das ursprünglich für diesen eingetragene und nur in den teilbaren Leistungen auf die Hälfte eingetragen ist; entscheidend ist, ob die durch das Nachfolgerecht der Ehefrau bedingte Mehrbelastung des Grundstücks aus dem Grundbuche erkennbar war. Die Eintragungsformel selbst erwähnt die Ehefrau des Ausgedingers nicht, dagegen enthält sie einen Hinweis nicht bloß auf den die Festsetzung des Ausgedinges enthaltenden § 4 des Vertrages, sondern auch auf die §§ 5 und 6, auf die (insbesondere § 5) das Recht der Klägerin sich gründet. Durch diesen Hinweis wird aber die Eintragung dieses Rechts im Grundbuche nicht ersetzt. Die Vorschrift des § 76 der G.B.O. bezieht sich bloß auf den Inhalt des Rechts d. h. auf die dem Berechtigten zu gewährenden Leistungen. Die fragliche Vorschrift der G.B.O. ist aus dem § 2 des Gesetzes vom 24. Mai 1853 übernommen mit der alleinigen Änderung, daß an Stelle der Vertragsurkunde, deren Einreichung es nicht bedarf, die zu den Grundakten in beglaubigter Form einzureichende Festsetzung des Altenteils in Bezug zu nehmen ist. Nur die Festsetzung der im Altenteile enthaltenen Rechte und Leistungen bildet hiernach einen integrierenden Teil der Eintragung; eine Vertragsbestimmung dagegen, die das berechtigte Subjekt betrifft und erweitert, dadurch aber die Belastung des Grundstücks vermehrt, kann durch Bezugnahme der betreffenden Stelle der Vertragsurkunde in der Eintragungsformel nicht zu einem Teile der letzteren gemacht werden. Danach stand der Klägerin zur Zeit, als der Beklagte die Löschung des für S. eingetragenen Ausgedinges bewirkte, ein durch diese Eintragung geschütztes gegen Dritte wirksames Recht nicht zu, mithin auch kein Vorrecht vor den seit Begründung oder Eintragung des Ausgedinges eingetragenen Hypotheken; es enthielt daher auch jene Löschung keine Benachteiligung der Klägerin, mithin keinen Eingriff in ihr dingliches Recht.

Nr. 1941. III. Sen. 27. September 1889. III. 103. 89. Bd. 24, Nr. 38, S. 188.

Kammergüter. Dauernde Belastung der Einkünfte derselben durch den Landesherrn ohne Konsens der Agnaten. Ersitzung einer Reallast. (Gem. R.). Dem Vorderrichter ist darin beizutreten, daß nach Reichs- und Landesstaatsrecht die Einwilligung der Agnaten des landgräflich hessischen Hauses zur rechtsgültigen Verleihung zur Belastung der Saline Nauheim mit einer ewigen Rente zu Gunsten der Familie v. H. habe eingeholt werden müssen. Zur Geltendmachung der aus dem Mangel des agnatischen Konsenses folgenden Nichtigkeit der fraglichen Veräußernng ist aber der klagende Fiskus als Vertreter des Großherzogs von Hessen als Agnaten des ehemaligen Kurfürstlichen Hauses und zugleich als Nachfolgers in der Regierung des von Preußen an Hessen-Darmstadt durch Friedensvertrag vom 3. September 1866 abgetretenen Landesteiles, in welchem die Saline Nauheim belegen ist, sowie auf Grund des diesem Friedensvertrage und dessen Nachtrage beigefügten Vorbehalts berechtigt. Anlangend des Rechtstitel der Verjährung, so können Reallasten, welche, wie hier in jährlich oder doch in regelmäßig nach bestimmten Zeitabschnitten wiederkehrenden Leistungen an den Berechtigten bestehen, gemeinrechtlich nach der richtigen Ansicht, wenn auch nicht nach Analogie der Grundsätze des römischen Rechts über die Servitutenverjährung, doch als dingliche eines Quasibesitzes fähige Rechte nicht bloß durch unvordenkliche Verjährung, sondern auch durch außerordentliche Ersitzung erworben worden. Da dieselbe hier dem Fiskus gegenüber in Bezug auf unveräußerliches Kammergut und Staatsvermögen geltend gemacht wird, so greift nach einem an c. 14 Cod. de fund. patr. 11, 61 sich anschließenden gemeinen deutschen Herkommen nur die vierzigjährige Verjährung Platz. Diese Verjährungsfrist ist im vorliegenden Falle nicht abgelaufen. Nr. 1911. Nr. 2078.

---

§ 80.

Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

B.G.B. §§ 1113—1203.

I. 1062—1144. II. 1022—1112. III. 1096—1186. M. III. 595—796. D. 143—156. E.G. Art. 60, 112, 118, 167, 192—195. Windscheid I. §§ 224—249. Stobbe II. §§ 104, 106—115. Dernburg I. §§ 312—353.

Allgemeines.

Nr. 1942. V. Sen. 28. Januar 1888. V. 284. 87. Bd. 20, Nr. 62, S. 270.

Recht des Gläubigers, dem ein Grundstück als Ganzes verpfändet ist, bei späterer idealer Teilung des Grundstückes. (Preuß. R.). Das Pfandrecht ergreift die ganze dem Gläubiger verpfändete Sache. Aus diesem Rechtssatze allein folgt noch nicht die Befugnis des Gläubigers, einen beliebig von ihm herausgegriffenen Teil der Sache zum Gegenstande der Pfandverfolgung zu machen. Die Ausscheidung von Teilen ist ein Recht des Eigentümers, nicht des Gläubigers. Solange eine solche Ausscheidung in rechtswirksamer Weise nicht stattgefunden hat, kann der Gläubiger die Sache nur so, wie sie ihm verpfändet ist und wie sie vom Eigentümer besessen wird, mit der Pfandklage in Anspruch nehmen. Daß der Pfandgläubiger, wenn durch die vom Gläubiger bewirkte Ausscheidung neue selbständige reale Teile entstanden sind, sich an jeden derselben wegen seiner ganzen Forderung halten kann, bedarf keiner Erörterung. Vergl. § 467, I. 20 A.L.R. Fraglich ist nur, ob ihm auch bei der Bildung idealer Teile durch den Eigentümer dieselbe Befugnis zusteht. Das Reichsgericht hat die Frage bejaht. Das Miteigentum ist nicht als eine qualitative Teilung der im Eigentum liegenden Befugnisse aufzufassen, vielmehr enthält das Recht eines jeden Teilnehmers seiner An-

lage nach den Charakter des vollen Eigentums, jedoch dadurch beschränkt, daß jedem Teilnehmer das Recht des Anderen entgegensteht (§§ 14 ff. I. 8 A.L.R.). Deshalb sind die idealen Anteile im Verhältnisse zu dem Eigentum an der ganzen Sache nicht als ein aliud, sondern nur als ein minus aufzufassen. Der Gläubiger, dem eine Sache als Ganzes verpfändet ist, kann daher bei späterer idealer Teilung des Eigentumsrechts die Quoten der einzelnen Miteigentümer zum Gegenstande der Pfandverfolgung machen, sofern die Teilung in rechtsbeständiger Weise erfolgt ist, also insbesondere die Quoten der Miteigentümer feststehen.

Nr. 1943. V. Sen. 23. September 1893. V. 124. 93. Bd. 31, Nr. 71, S. 315.

Pfändung von Mietzinsen des Pfandgrundstücks gegenüber dem Widerspruche eines Hypothekengläubigers, dem das Grundstück antichretisch verpfändet ist. (Preuß. R). Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß dem Kläger als voreingetragenem Gläubiger allein ein Recht des Widerspruchs (nach § 690 C.P.O.) gegen die Pfändung der Mietzinsen seitens des Beklagten nicht zusteht. Dem Kläger steht die Bestimmung des § 30 E.E.G. nicht zur Seite, da es zur Verwirklichung seines Hypothekenrechts an den Mietzinsen einer auf seinen Antrag für seine Hypothekenforderung erfolgten Beschlagnahme der Mietzinsen bedurfte, es an dieser aber fehlt. Nr. 1969. Nr. 1976. Auch auf den § 31 des E.E.G. kann der Kläger sich nicht berufen, da die Voraussetzungen der Anwendbarkeit dieser Vorschrift nicht vorhanden sind. Es kann dahingestellt bleiben, ob zu diesen Voraussetzungen die vorgängige Beschlagnahme der Mietzinsen, deren angebliche Vorauspfändung der Kläger anficht, zu rechnen sei. Jedenfalls ist die Erfüllung des Erfordernisses zu vermissen, daß die vom Beklagten im Januar 1892 bewirkte Pfändung der Mietzinsen auf mehr als ein Vierteljahr erfolgt ist, da durch diese Pfändung nur die für die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 1892 fälligen Mietzinsen betroffen sind. Der Kläger kann zu seinen Gunsten auch aus der Bestimmung des § 206 Abs. 2 des Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883 nichts herleiten. Die Worte „bewegliche Teile oder Zubehörungen eines Gegenstandes des unbeweglichen Vermögens" in § 206 a. a. O. können nicht auf Pacht- oder Mietzinsen bezogen werden, es können also Realberechtigte einer Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, deren Gegenstand Miet- und Pachtzinsen des Pfandgrundstückes sind, nicht widersprechen, obwohl solche Miet- und Pachtzinsen nach § 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 in Verbindung mit § 30 des E.E.G. zur Immobiliarmasse gehören. Da im Gesetze (§ 206 Abs. 2) den Realberechtigten nicht gegen Zwangsvollstreckungen „in bewegliche Gegenstände, welche zur Immobiliarmasse gehören" (vergl. § 206 Abs. 1), sondern ausdrücklich nur gegen Zwangsvollstreckungen „in bewegliche Teile oder Zubehörungen eines Gegenstandes des unbeweglichen Vermögens" das Widerspruchsrecht gegeben ist, so erscheint es nicht gestattet, beide durch den Wortlaut als verschieden gekennzeichnete Kategorien von beweglichen Sachen zu identifizieren und dadurch die für die eine Kategorie gegebene Vorschrift auf die andere zu erstrecken, zumal sich aus den Materialien des Gesetzes ergiebt, daß die Realberechtigten zwar sollen verhindern können, daß durch Mobiliarpfändungen dem Werte des verpfändeten Immobiliarbesitzes als eines Ganzen Abbruch geschehe, nicht aber, daß sie auch die Mobiliarpfändung solcher Sachen, die mit dem Immobile eine wirtschaftliche Einheit nicht bilden, sollen abwenden können. Die Pacht- und Mietzinsen stehen nicht mit dem Grundstücke in so engem Zusammenhange, daß sie als ein Teil oder Zubehör desselben angesehen werden könnten (vergl. §§ 4, 42, I. 2 A.L.R.) und daß durch ihre Lösung vom Grundstücke dieses selbst als Ganzes eine wesentliche Änderung erlitte. Dagegen können die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit welchen dem Kläger der von ihm aus seinem antichretischen Pfandrecht abgeleitete Anspruch versagt wird, nicht als richtig anerkannt werden. Durch das antichretische Pfandrecht erwirbt der Gläubiger ein selbständiges Recht auf Zahlung der Mietzinsen an ihn, das ihm weder durch Verfügungen seines

Schuldners, welcher ihm das Pfandrecht bestellt hat, noch durch Pfändungen, die gegen seinen Schuldner auf die Mietzinsen ausgebracht werden, entzogen oder geschmälert werden darf, und das er vermöge seiner dinglichen Natur nicht nur gegen den Schuldner, sondern gegen jeden Dritten, der das Recht beeinträchtigt, ausüben kann. Durch das antichretische Pfandrecht wurde der Kläger kraft Gesetzes (§ 139, I. 20 A.L.R.) wie durch die Bestimmungen des Vertrages vom 1. August 1891 ermächtigt, das Pfandgrundstück zu verwalten und die Mietzinsen davon einzuziehen, ohne daß es dazu eines Weiteren, insbesondere der Beschlagnahme der Mietzinsen bedurfte. Der antichretische Pfandvertrag vom 1. August 1891 ist nicht, wie das Berufungsgericht angenommen hat, gegenüber dem Beklagten unwirksam, weil er gegen den § 31 E.E.G. verstoße. Allerdings enthält der antichretische Pfandvertrag eine Vorausverfügung über die Mietzinsen auf mehr als ein Vierteljahr, indem dem Kläger zum Zwecke seiner Befriedigung wegen Kapitals und Zinsen die Vermietung des Grundstücks und die Einziehung der Mietzinsen durch den Pfandvertrag überwiesen ist. Aber diese Ermächtigung ist dem Kläger nicht uneingeschränkt erteilt, sondern mit der Verpflichtung, alle Lasten und Abgaben sowie die Zinsen der auf dem Grundstücke haftenden Schulden zu entrichten, und mit der erst nach Entrichtung der Abgaben und Zinsen eintretenden Befugnis, aus den Überschüssen sich wegen Kapitals und Zinsen bezahlt zu machen. Der Kläger soll also nur berechtigt sein, an Stelle des Eigentümers das Grundstück ordnungsmäßig zu verwalten. Solchen Bestimmungen gegenüber kann nicht ohne Weiteres in dem Rechte des Klägers zur Pfandnutzung eine Benachteiligung des Beklagten als eines dem Kläger im Range nachstehenden Hypothekengläubigers gefunden werden. Vielmehr bedurfte es dazu eines besonderen Nachweises, den das Berufungsgericht nicht gefordert hat. Ohne solchen läßt sich nicht einsehen, worin die Benachteiligung des Beklagten als eingetragenen Gläubigers bestehen sollte. Gegenüber dem Kläger als dem unter Nr. 6 eingetragenen Gläubiger hat der Beklagte als unter Nr. 11 nacheingetragener Gläubiger kein Recht auf Befriedigung vor dem Kläger, sondern er darf Befriedigung gemäß der durch seine Stelle im Grundbuche gegebenen Rangordnung erst nach dem Kläger fordern. Solche Befriedigung wird ihm bezüglich der Zinsen durch die im Gesetze (§§ 152, 153, I. 20 A.L.R.) entsprechenden Vertragsbestimmungen gewährleistet. Seine Befriedigung wegen des Kapitals wird durch den Pfandvertrag nicht berührt, da das antichretische Recht des Klägers sein Ende erreicht, sobald er wegen seiner Hypothekenforderung befriedigt sein wird, also in einem Zeitpunkte, von welchem ab erst die Befriedigung des Beklagten als dem Kläger nachstehenden Gläubigers aus den Erträgen des Grundstücks in Frage kommen kann. Endlich können auch die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht für zutreffend erachtet werden, mit denen dargethan werden soll, daß der antichretische Pfandvertrag wegen nicht erfolgter Übergabe des Pfandgrundstücks an den Kläger ohne Wirksamkeit sei. Die Absicht der Kontrahenten, daß das Grundstück dem Kläger zur Ausübung der Pfandnutzung übergeben werde, läßt sich aus dem Vertrage erkennen, wonach der Kläger nach seiner Befriedigung das Haus dem Schuldner zu freier Verfügung zurückgewähren soll. Wenn nun der Kläger unter Beweisantritt behauptet, zur Verwirklichung jener Absicht habe der Schuldner unmittelbar nach Abschluß des antichretischen Vertrages dem Kläger die einzelnen Mieträume des ihm verpfändeten Hauses vorgezeigt und ihn den sämtlichen Mietern, insbesondere auch denjenigen, deren Mietschulden vom Beklagten gepfändet sind, als antichretischen Pfandbesitzer vorgestellt, auch jene Mieter angewiesen, die Mietzinsen fortan an den Kläger zu bezahlen, ferner daß die schriftlichen Mietverträge in den Besitz des Klägers gelangt seien; wenn hierzu noch berücksichtigt wird, daß der Kläger durch den Pfandvertrag ermächtigt ist, das Grundstück zu unterhalten und in seinen einzelnen Teilen zu vermieten, so läßt sich nicht einsehen, und das Berufungsgericht zeigt dies auch nicht, was noch erforderlich sein könnte, die Übergabe des Hauses, dessen Hingabe von Hand zu Hand doch ausgeschlossen ist, wirksam zu vollziehen (§ 58, I. 7 A.L.R.).

Denn die zum Zwecke des Pfandbesitzes und der Pfandnutzung eingeräumte thatsächliche Herrschaft über ein Haus, dessen Bestimmung ist, durch Vermieten genutzt zu werden, kann äußerlich kaum anders hervortreten, als in der Befugnis und Pflicht, das Haus zu unterhalten und es durch Vermietung und Einziehung der Mietzinsen sowie durch Bezahlung der Lasten, Abgaben und Zinsen zu verwalten. Das Berufungsgericht hat deshalb bei seiner weiteren Entscheidung von den bisherigen Bedenken abzusehen und die Übergabe, deren es allerdings neben der Eintragung zur wirksamen Vollziehung des antichretischen Pfandrechts nach den §§ 139, 6ff. I. 20 A.L.R. bedarf, als vollzogen anzunehmen, falls die erwähnten noch streitigen Behauptungen des Klägers bewiesen werden.

Hypothek des römischen und modernen gemeinen Rechts.

Nr. 1944. III. Sen. 26. November 1880. III. 637. 80. Bd. 3, Nr. 50, S. 174.

Priorität der Dotalhypothek vor der Kaufgelderhypothek. (Gem. R.). Der Ehemann der Klägerin hat im Jahre 1874 von dem Beklagten eine Mühlenbesitzung erworben. Für einen Kaufgelderrest, der kreditiert ist, wurde in dem Kaufkontrakte das Kaufobjekt dem Beklagten zur Hypothek bestellt. Zugleich mit der Besitztitelberichtigung ist im Jahre 1874 die Eintragung der reservierten Kaufgeldshypothek erfolgt. Die Klägerin, seit 1863 mit dem Käufer verheiratet, hat auf Grund des § 1 des maßgebenden braunschweigischen Gesetzes vom 8. Mai 1878 im Jahre 1879 ihr Eingebrachtes, wofür ihr nach Landesrecht eine stillschweigende Generalhypothek an dem Vermögen ihres Mannes zustand, auf die Mühlenbesitzung eintragen lassen und hierdurch den bisherigen Rang derselben aufrecht erhalten. Bei der demnächstigen Subhastation des Grundstückes ist nach Befriedigung der vor den Parteien eingetragenen Hypothekengläubiger aus dem Erlöse nur ein Betrag übriggeblieben, der weder zur Deckung der Klägerin noch des Beklagten ausreicht. Der Betrag ist dem Beklagten zuerkannt. Der jetzigen Spezialhypothek der Klägerin ist das Privileg ihrer ursprünglichen generellen Dotalhypothek erhalten. Auch der Hypothek des Beklagten gebührt das Privileg einer versio in rem, allein dasselbe kann ihm gegen die Klägerin nicht nützen, weil ihre Generalhypothek die ältere ist und nach der insoweit klaren Vorschrift der Nov. 97 cap. 3 wenigstens die ältere Dotalhypothek auch dem Privileg der versio in rem vorgeht. Aber nach der wenigstens früher allgemein geübten Gerichtspraxis wird die sogen. reservierte Kaufgeldshypothek, und als solche ist die Hypothek des Beklagten anzusehen, von dem Privileg der Dotalhypothek und überhaupt von den Privilegien aller von dem Käufer herrührenden Hypotheken nicht berührt. Diese Auffassung ist zwar in neuer Zeit vielfach bestritten. Der älteren Ansicht, die auch bis zum Ende vorigen Jahrhunderts von der Doktrin anerkannt wurde, ist aber bei Zweifelhaftigkeit der Frage, und da ihr langer Bestand dem Verkehr die Sicherheit gegeben hat, daß man es mit einem feststehenden Grundsatze zu thun habe, der unbedenklich bei Vertragsabschlüssen zur Grundlage genommen werden dürfe, der Vorzug gegeben. Da das gesetzliche Privilegium der dos der Ehefrau in einer Generalhypothek an dem Vermögen des Mannes besteht, so läßt sich für die ältere Ansicht auch geltend machen, daß die reservierte Hypothek, welche die Voraussetzung bildet für die zum Eigentumserwerb notwendige Kreditierung des unbezahlten Kaufgeldes, die Folge hat, daß nur das Grundstück belastet mit der Hypothek in den Bereich des Vermögens des Ehemannes eintritt, woran der Frau eine Generalhypothek zusteht, und diese sich also, solange die reservierte Hypothek noch besteht, nur erstreckt auf den nach Abzug derselben verbleibenden Wert des neuerworbenen Grundstücks.

Nr. 1945. VI. Sen. 22. September 1892. VI. 114. 92. Bd. 30, Nr. 33, S. 111.

Unteilbarkeit hypothekarischer Sicherheit. (Gem. R.). Der Beklagte hatte sich dem Kläger vertragsmäßig verpflichtet, mit einem ihm auf dem Grundstücke des Letzteren

eingeschriebenen Hypothekenposten von 19000 Mk. um 15000 Mk. in der Hypothek zurückzutreten, sobald das auf dem Grundstücke zu erbauende Haus putzfertig, die Fenster eingesetzt und die Treppen gestellt sein würden. Der Beklagte hat sich darauf berufen, daß das Gebäude so erhebliche Schäden und Mängel aufweise, daß es nicht ihm denjenigen Grad von hypothekarischer Sicherheit gewähren können, der bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrage vorausgesetzt sei, weswegen ihm das Zurücktreten in der Priorität trotz der an sich eingetretenen Bedingung nicht zugemutet werden dürfe. Mit Recht hat das Berufungsgericht grundsätzlich diese Einwendung als dem wahren Sinn eines Vertrages über pfandrechtliche Sicherung entsprechend zugelassen und ferner auch darin, daß jene Schäden und Mängel größtenteils erst entstanden sein mögen, nachdem der Beklagte trotz Putzfertigkeit des Gebäudes, eingesetzter Fenster und gestellter Treppen mit seinem Hypothekenposten zu rücken sich geweigert hatte, keinen Gegengrund gefunden. In letzterer Beziehung hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, daß sich der Beklagte damals nicht im Verzuge befunden habe, weil das Gebäude auf das Nachbargrundstück übergehangen habe und deshalb die Giebelmauer erst noch habe abgerissen und neu errichtet werden müssen. Trotzdem hat das Berufungsgericht so weit zu Gunsten des Klägers erkannt, daß es den Beklagten mit dem größten Teile des fraglichen Posten, nämlich mit den letzten 15800 Mk. von den 19000 Mk. um die ganzen 15000 Mk. zurückzutreten verurteilt und nur in Ansehung der ersten 3200 Mk. die Klage, übrigens unter Einverständnis des Klägers, abgewiesen hat, indem es in thatsächlicher Beziehung annahm, daß mit Aufwendung von 3200 Mk. jedenfalls alle in Rede stehenden Schäden und Mängel beseitigt werden könnten. Es ist nach der Begründung mindestens zweifelhaft, ob das Berufungsgericht die Gefährdung der hypothekarischen Sicherheit bestimmt hat verneinen und nicht vielmehr seine Entscheidung eigentlich auf den äußerlich nur als eventuellen hingestellten Grund, daß man dem Beklagten ein weitergehendes Recht nicht einräumen könne, als daß ihm gestattet werde, bei der vorzunehmenden Änderung in der Priorität seines Postens die 3200 Mk. in Abzug zu bringen, hat stützen wollen. Dieser Grund ist aber nicht geeignet, die Entscheidung zu halten. Eine solche Behandlung der Rechtsfolgen eines Vertrages über pfandrechtliche Sicherung verstößt gegen den gemeinrechtlichen Grundsatz der Unteilbarkeit der Pfandhaftung (l. 19 Dig. de pign. 20, 1; l. 85 § 6 Dig. de verb. obl. 45, 1; c. 6 Cod. de distr. pign. 8, 28.). Solange auch nur für einen Teil der zu sichernden Forderung der Fall der Verpflichtung zum Aufgeben der bisherigen Pfandsicherheit nicht gegeben ist, darf, abgesehen natürlich von etwaiger abweichender Vertragsabrede, der Gläubiger überhaupt nicht zu einem solchen Aufgeben genötigt werden. Auch das wäre kaum zulässig gewesen, den Beklagten, die Zustimmung des Klägers vorausgesetzt, etwa zum Zurücktreten mit dem ganzen Posten, statt um 15000 Mk., nur um 11800 Mk. zu verurteilen. Keinesfalls durfte der Beklagte, wenn die Voraussetzungen für seine Verpflichtung, mit dem ganzen Posten um die 15000 Mk. zu rücken, nicht vorlagen, gezwungen werden, seinen Posten zu teilen und nun wenigstens mit einem Teile desselben um diese 15000 Mk. in der Priorität zurückzutreten.

Nr. 1946. I. Sen. 17. Januar 1883. I. 448. 82. Bd. 8, Nr. 43, S. 169.

Feuerversicherung. Rechte der Hypothekengläubiger. (Gem. R.). Die Hypothekengläubiger haben aus dem zwischen dem Grundeigentümer und der Feuerversicherungsgesellschaft gemäß den allgemeinen Versicherungsbedingungen, die Bestimmungen zu Gunsten der Hypothekengläubiger enthalten, abgeschlossenen Versicherungsvertrage eine Klage gegen die Versicherungsgesellschaft auf Zahlung der Entschädigungssumme innerhalb des Ausfalles, wenn das versicherte und durch Brand beschädigte Grundstück ohne den Anspruch auf die Entschädigungssumme subhastiert ist und die Hypothekengläubiger nicht vollständig gedeckt sind. Der Ablauf der in den Versicherungsbedingungen vorgesehenen sechsmonatlichen Präklusivfrist für Geltendmachung des Entschädigungs-

anspruches steht der Klage des Hypothekengläubigers nicht entgegen. Den Hypothekengläubigern ist in den Versicherungsbedingungen ausdrücklich zugesichert, daß die Entschädigung, wenn der Anspruch des Versicherten durch seine Schuld verloren geht, zu ihrer Befriedigung gegen Cession ihrer Rechte verwendet werden soll. Daß der Hypothekengläubiger hypothekarische Rechte hier nicht abtreten kann, steht nicht entgegen, es hat dies darin seinen Grund, daß dieselben durch den Zwangsverkauf des Grundstückes realisiert sind. Nr. 1970.

Nr. 1947. III. Sen. 17. Juni 1884. III. 290. 83. Bd. 12, Nr. 41, S. 169.

Haftung der Feuerversicherungsgelder für die Hypothek. (Gem. R.). Der Kläger stützt sein Anspruch lediglich darauf, daß das Pfandrecht, welches ihm an den abgebrannten Gebäuden zustand, ohne Weiteres und kraft Gesetzes sich auf die Versicherungsgelder miterstrecke. Dieser Satz läßt sich nach gemeinem Recht nicht begründen. Der Anspruch auf die Versicherungssumme beruht auf dem persönlichen Vertrage zwischen dem Versicherten und dem Versicherer. Ein Rechtsgrund, aus welchem der Hypothekengläubiger Rechte aus dem zwischen dem Pfandschuldner und dem Versicherer abgeschlossenen rein obligatorischen Vertrage sollte ableiten können, ist nicht vorhanden. Der Satz pretium succedit in locum rei ist in dieser Allgemeinheit unrichtig und auf das vorliegende Rechtverhältnis unanwendbar. Ebensowenig läßt sich für diese Frage die Regel commodum ejus esse debet cujus periculum est verwerten. Der Grund, daß, da das Pfandrecht auf die Aneignung des Wertes des Pfandgegenstandes gerichtet sei, dem Pfande auch dasjenige unterworfen bleiben müsse, was von dem Werte des Pfandes übrig bleibe, trifft nicht zu. Auch die Stellen des römischen Rechts, welche für die entgegengesetzte Ansicht angeführt werden, l. 17 § 1 Dig. de rei vind. 6, 1; l. 13 § 12 Dig. de act. emti et vend. 19, 1 und l. 16 Dig. de aqua et aquae pl. arc. 39, 3, erscheinen nicht geeignet, dieselbe zu begründen. Hierbei ist abgesehen von dem Falle, daß durch einen Vertrag zwischen dem Pfandschuldner und dem Pfandgläubiger dem Letzteren ein Anspruch auf die Versicherungssumme mitverpfändet worden ist, sowie von dem Falle, daß in dem zwischen dem Pfandschuldner und dem Versicherer abgeschlossenen Vertrage zu Gunsten der Hypothekengläubiger Bestimmungen getroffen sind, wodurch das Interesse der Letzteren gesichert wird. Nr. 3817.

Nr. 1948. III. Sen. 25. November 1884. III. 156. 84. Bd. 12, Nr. 51, S. 203.

Pfandrecht. Prioritätscession. (Gem. R.). Der Vorrang, welcher einer Hypothek im Kollisionsfalle vor anderem auf demselben Pfandobjekte ruhenden Hypotheken zusteht, welche sämtlich das Pfandobjekt an sich in gleichem Maße und im ganzen ergreifen, bestimmt sich nach den Eigenschaften des Pfandrechts, mögen diese beruhen auf Privilegien, auf dem Alter oder auf der Bestellung des Pfandrechts in einer öffentlichen Urkunde. Bilden diese Eigenschaften des Pfandrechts auch die Voraussetzungen für das Vorrecht der Hypothek, so wird doch damit dies letztere nicht selbst zu einer unzertrennlichen Eigenschaft des Pfandrechts. Auf den Vorrang eines Pfandrechts kann vielmehr wie auf jedes andere Vorzugsrecht verzichtet werden. Kommt das Pfandobjekt zur Subhastation, so kann im Subhastationsverfahren der Pfandgläubiger nicht bloß völlig auf die Geltendmachung seines Pfandrechts verzichten, sondern er kann auch, ohne sein Pfandrecht aufzugeben, nur auf die Geltendmachung des Vorranges zu Gunsten ihm nachstehender Hypothekengläubiger verzichten, und es hängt lediglich von ihm ab, wieweit er mit dem ihm zustehenden bevorzugten Pfandrechte hinter ihm nachstehende Pfandgläubiger zurücktreten will. Macht er von dieser ihm zustehenden Dispositionsbefugnis durch Nichtgeltendmachung des ihm für seine Pfandforderung gebührenden Vorzugsrechtes Gebrauch, so hat dies zur Folge, daß die seiner Hypothek nachstehende Hypothek aufrückt und also die Forderung, für welche diese bestellt ist, vor der Hypothekenforderung befriedigt wird, welche ursprünglich den Vorrang hatte. Diese

Rechtsfolge tritt natürlich auch dann ein, wenn die Nichtgeltendmachung des Vorranges zur Erfüllung einer übernommenen persönlichen Verbindlichkeit erfolgt. Die Prioritätseinräumung zu Gunsten des nächstfolgenden Hypothekengläubigers ist daher nicht nur ein rechtsgültiges, sondern auch ein völlig rechtswirksames Rechtsgeschäft. Der aufrückende Pfandgläubiger macht seine Forderung geltend, da er jetzt nicht mehr durch das ihm vorgehende und seine Befriedigung ausschließende bezw. beschränkende Pfandrecht des zurückgetretenen Pfandgläubigers beschränkt ist. Die im Subhastationsverfahren an den infolge der Prioritätscession aufgerückten Gläubiger geleistete Zahlung ist nicht als eine an den Prioritätscedenten zum Zwecke der Tilgung der diesem zustehenden Forderung geschehene anzusehen, sondern sie erfolgt an den Prioritätscessionar infolge Geltendmachung seiner Hypothekenforderung zum Zwecke und mit der Wirkung der Tilgung dieser Forderung. Der Prioritätscessionar nimmt die auf die Forderung des Cedenten im Subhastationsverfahren fallende Hebung in Höhe seiner Forderung vorweg, indem er sein durch das Pfandrecht des Cedenten nicht mehr beschränktes Pfandrecht ausübt. Das Pfandrecht des Prioritätscedenten wird hierdurch gegenüber dem Eigentümer des Pfandobjektes und den hinter dem Cessionar stehenden Realberechtigten nicht erschöpft. Die Frage, ob der Vorrang einer Hypothek beliebig auf jeden nachstehenden Gläubiger, auch wenn die Hypotheken des Cedenten und des Cessionars durch dazwischen stehende Hypotheken getrennt sind, übertragen werden kann und welche Rechtswirkungen eine solche Cession hat, kommt für den vorliegenden Fall nicht in Betracht. Die entgegengesetzte Ansicht findet in den Bestimmungen des römischen Rechts l. 12 pr. Dig. quib. mod. pign. 20, 6, l. 12 § 4 Dig. qui pot. 20, 4, c. 21 Cod. ad S. C. Vellej. 4, 29 keine Stütze. Die in der Prioritätscession enthaltene Erklärung der Abtretung des Vorranges an einen nachstehenden Hypothekengläubiger enthält auch nicht etwas rechtlich Unmögliches, der Pfandschuldner kann einer solchen Abtretung des Vorranges nicht widersprechen, wenn auch zugegeben werden mag, daß unter Umständen er ein Interesse daran haben kann, daß aus dem Erlöse des subhastierten Grundstückes die darauf ruhenden Hypotheken in der Reihenfolge befriedigt werden, wie sie durch den ihnen gebührenden Rang bestimmt wird. Der Prioritätscedent, welcher bei der Subhastation mit seiner Hypothek ganz oder teilweise ausfällt, während er bei nicht erfolgter Prioritätscession diesen Ausfall nicht erlitten haben würde, behält seine persönliche Forderung, ohne daß ihm der Pfandschuldner aus jenem Umstande einen Einwand entgegenstellen kann; es steht ihm also die Rechtsverfolgung wegen dieser fortbestehenden Forderung offen, sei es mit der Pfandklage wegen des ihm an einem anderen Grundstücke für dieselbe Forderung zustehenden Pfandrechts, sei es mit der Anfechtungsklage, sofern die in dem Gesetze vom 21. Juli 1879 aufgestellten Voraussetzungen vorliegen. Nr. 1199. Nr. 1980.

Hypothek nach deutschem (außerpreußischem) und französischem Recht.

Nr. 1949. I. Sen. 11. Mai 1881. I. 360. 80. Bd. 4, Nr. 51, S. 175.

Blankocession von Hypothekenscheinen. Vindikation. Beweislast. (Gem. R.). Wenn auch von manchen Rechtslehrern behauptet wird, daß auf den Namen des Gläubigers ausgestellte Schuldurkunden sich in Inhaberpapiere verwandeln, wenn sie statthafterweise in blanco indossiert oder cediert werden, so kann doch diese Ansicht weder im allgemeinen noch insbesondere in Beziehung auf mecklenburgische Hypothekenscheine für richtig erachtet werden. Letztere verwandeln sich durch Beifügung eines Blankocessionsvermerkes um so weniger in Inhaberpapiere (auf die Art. 307 H.G.B. Anwendung finden könnte), als einem solchen Vermerk nicht die Bedeutung einer Cession an jeden Inhaber, sondern einer Cession an denjenigen, welcher mit Ermächtigung des Cedenten in die Cessionsurkunde als Cessionar eingetragen wird, beizulegen ist. Wenngleich nun gegenüber der Eigentumsklage des Blankocedenten dem Besitzer der in blanco cedierten Hypothekenscheine hinsichtlich des von ihm behaupteten Erwerbes derselben die

Beweislast zufällt, so ist doch nicht anzunehmen, daß ihm im Falle eines nicht unmittelbar mit dem Blankocedenten, sondern mit einem Dritten abgeschlossenen Erwerbsgeschäfts auch der Beweis der Befugnis des Dritten, über die Hypothekenscheine so, wie geschehen, zu verfügen, obliegt. Vielmehr genügt in dieser Beziehung die Berufung desselben auf die vorliegende Blankocession. Die vom Blankocedenten gewollte Erleichterung der Legitimation kommt dem Cessionar überall zu statten, nicht allein gegenüber dem Schuldner, sondern auch gegenüber dem Blankocedenten, mag der Streit zwischen ihm und dem Inhaber des in blanco cedierten Hypothekenscheines um das Gläubigerrecht und das davon abhängige Eigentum des Hypothekenscheines bei einer Intervention des Ersteren im Prozesse des Cessionars gegen den Schuldner oder bei einer Vindikation des Hypothekenscheines durch den Blankocedenten zum Austrage kommen. Da jedoch die Blankocession der Hypothekenscheine nach ihrer gewohnheitsrechtlichen Auffassung in Mecklenburg nicht eine Cession an jeden Inhaber enthält, vielmehr die Berechtigung und Legitimation des schließlich in die Blankocession eingeschriebenen Cessionars aus dem Grunde angefochten werden kann, weil derjenige, von welchem er den Hypothekenschein erworben hat, darüber so, wie geschehen, zu verfügen nicht berechtigt war, so muß es dem Blankocedenten unbenommen bleiben, durch eine seinerseits zu begründende Darlegung den aus der Blankocession entnommenen Beweis des Gläubigerrechts des Cessionars zu beseitigen.

Nr. 1950. I. Sen. 16. Oktober 1886. I. 239. 86. Bd. 17, Nr. 27, S. 115.

Form der Blankocession. (Gem. R.). Wäre eine Blancocession von dem Kläger urkundlich vorgenommen, so würde der Kläger, bei der in Mecklenburg anerkannten Zulässigkeit von Blankocessionen der hypothekarischen Forderungen, es sich gefallen lassen müssen, daß die Befugnis des H., über die Hypothekenscheine zu verfügen, Dritten gegenüber nicht nach der zwischen ihm und dem Kläger getroffenen nur auf Verpfändung seitens des H. gerichteten Abrede, sondern nach der von ihm urkundlich ausgestellten und mit den Hypothekenscheinen ausgehändigten Blankocessionserklärung beurteilt würde. Aber der Kläger hat eine Blankocession nicht vorgenommen. Er hat bei der vorerwähnten Abrede mit H. ihm zu jedem der ihm ausgehändigten Hypothekenscheine einen Bogen Papier übergeben, worauf nichts als der Name des Klägers stand; diese Papiere sind, je um einen Hypothekenschein umgelegt, unverändert dem Beklagten von H. mit den Hypothekenscheinen übergeben worden. Derartige Papiere sind Blankette, aber keine Blankocessionen, worunter auf Cession gerichtete lediglich den Namen des Cessionars frei lassende Urkunden zu verstehen sind. Wer seinen Namen auf ein leeres Blatt Papier schreibt, giebt hiermit noch keine Willenserklärung ab. Übergiebt er das so beschriebene Papier einem Anderen mit der Ermächtigung, eine bestimmte Willenserklärung über den Namen zu schreiben oder schreiben zu lassen, so kann auf diese Weise durch Ausfüllung des Blankettes eine beweisende und verpflichtende, auch dem etwaigen Erfordernisse der Schriftform (Nr. 2050. Nr. 133) genügende Urkunde hergestellt werden. Ob aber und inwiefern eine Ermächtigung zur Ausfüllung des Blankettes erteilt ist, läßt sich aus dem bloßen Vorhandensein des Namens auf dem Papier im allgemeinen nicht entnehmen und es ist insbesondere in der bloßen Niederschrift des Namens nicht die Ermächtigung enthalten, daß Jedermann in jeder beliebigen Weise das Blankett mit verpflichtender Wirkung für den Aussteller desselben auszufüllen befugt sein solle. Es ist daher mit Recht angenommen worden, daß aus der Niederschrift des Namens des Klägers sich eine Cessionserklärung nicht ergiebt. Setzt dagegen Jemand seinen Namen auf eine schon vorhandene Urkunde, so kann dieser Handlung, in Verbindung mit dem Inhalte der Urkunde, unter Umständen die Bedeutung einer bindenden Willenserklärung zukommen. Es kann insbesondere, wenn derjenige, welcher sich aus einer Schuldurkunde als Gläubiger ergiebt, seinen Namen ohne weiteren Beisatz auf die Schuldurkunde schreibt, hierin die Übertragung des Forderungsrechts auf eine dem

Namen nach nicht angegebene Person gefunden werden, sofern besondere Gründe vorhanden sind, der Aussetzung des Namens diesen Sinn beizulegen, sei es weil eine Rechtsnorm dies vorschreibt, wie für Wechsel und andere Ordrepapiere durch die Bestimmungen in Art. 12 W.O. und in Art. 305 H.G.B. geschehen ist, oder deswegen, weil diese Bedeutung im Verkehre allgemein angenommen wird, daher als üblich auch im Einzelfalle als gewollt anzunehmen ist. Doch ist dies nur anzunehmen, wo entweder eine Rechtsnorm oder eine Verkehrssitte solche Annahme rechtfertigt. Letzteres ist weder hinsichtlich der durch das preußische Gesetz vom 5. Mai 1872 § 55 bei Grundschulden zugelassenen Blankocession noch hinsichtlich mecklenburgischer Hypothekenscheine anzunehmen.

Nr. 1951. I. Sen. 23. Mai 1884. I. 205. 83. Bd. 12, Nr. 37, S. 157.

Hypothek an eingebauten Materialien. (Gem. R.). Der Beklagte ist Inhaber einer Hypothek an einem Grundstücke, für welches der Kläger, ein Handwerker, gewisse Thüren, Fensterrahmen u. s. w. zum Einbauen in das auf dem Grundstücke errichtete Haus an den Eigentümer des letzteren geliefert hat, jedoch unter Vorbehalt des Eigentumsrechts an den gelieferten Materialien bis zur Berichtigung des Kaufpreises und unter Vorbehalt des Rechts, die Gegenstände wieder aus dem Hause zu entfernen, welchen Sachverhalt der Beklagte bei dem Erwerbe seiner Hypothek gekannt haben soll. Der Kläger hatte die fraglichen Gegenstände schon an sich genommen und sie dann auf Grund eines vorläufigen Vergleiches gegen gerichtliche Hinterlegung einer entsprechenden Geldsumme von seiten des Beklagten wieder in das Haus eingefügt. Die Klage geht auf Feststellung der Berechtigung des Klägers, die fraglichen Gegenstände aus dem Hause abzulösen und an sich zu nehmen. Nach dem hier maßgebenden gemeinen Recht ist streitig, ob durch die Verbindung, insbesondere das Verbauen von Baumaterialien in ein einem Anderen gehöriges Haus, der Eigentümer der Hauptsache auch das Eigentum an den Bestandteilen als solchen erwirbt; nach der einen Ansicht geht der gedachte Eigentumserwerb vor sich, nach der anderen besteht das Eigentum an der verbundenen Nebensache unverändert fort und kann nur während der Dauer der Verbindung einstweilen nicht geltend gemacht werden. Aber auch vom Standpunkte der ersteren Ansicht fallen mit dem Augenblicke, wo die eingefügten Bestandteile etwa wieder losgelöst und dadurch wieder zu selbständigen Sachen werden, diese in das Eigentum des früheren Eigentümers selbst dann zurück, wenn sie inzwischen als Bestandteile der Hauptsache an einen dritten Erwerber mitveräußert sind. Dies trifft zwar nur solche Fälle, wo die Verbindung den einzigen Grund für den Eigentumserwerb abgeben könnte, und bezieht sich daher regelmäßig nicht auf Fälle, wo der Eigentümer der Materialien selbst die Verbindung vollzogen hat oder mit seinem Willen hat geschehen lassen, weil hierin im Zweifel zugleich eine Eigentumsübergabe liegt; aber dieser letztere Gesichtspunkt kommt wieder in Wegfall, wenn ausdrücklich ein pactum reservati dominii beigefügt ist. Vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus ist dann aber weiter die notwendige Folge, daß, auch wenn man die eingebauten fremden Materialien als solche von dem an dem Grundstücke bestellten Pfandrechte mitergriffen ansieht, dieselben doch im Augenblicke der Trennung ohne weiteres wieder von letzterem frei werden. Nach gemeinem Rechte entsteht zwar ein vertragsmäßiges Pfandrecht auch dann, wenn der Eigentümer sich durch sein Verhalten stillschweigend mit der von einem Dritten vorgenommenen Verpfändung einverstanden erklärt (vergl. l. 26 § 1 Dig. de pign. 20, 1; l. 5 § 2 Dig. in quib. caus. pign. 20, 2), aber eine solche Erklärung könnte nicht schon darin allein gefunden werden, daß der Eigentümer dem Verpfänder den Besitz überlassen oder daß er die Gegenstände in das Gebäude des Verpfänders hat einfügen lassen; das würde schon mit der anerkannten Wirksamkeit des pactum reservati dominii unvereinbar sein. Dagegen gewinnt die Sache ein anderes Ansehen vom Standpunkte des modernen Hypothekenwesens. Schon nach römischem Recht entsteht das Pfandrecht

an einer dem Verpfänder fremden Sache auch dann, wenn der Eigentümer arglistigerweise bei dem Gläubiger den Irrtum entstehen läßt, der Verpfänder könne ihm die Sache gültig verpfänden. c. 2 Cod., si aliena res pign. 8, 16. Wo nun heutzutage ein auf der Grundlage der Eintragung in öffentliche Bücher geregeltes Hypothekenwesen besteht, darf sich der Hypothekengläubiger darauf verlassen, daß das Grundstück mit den darauf errichteten Gebäuden und allen ihren Bestandteilen ihm diejenige Sicherheit gewähre, welche sich aus der Vergleichung des dem Grundstücke in diesem Zustande beizulegenden Wertes mit der Rangordnung der betreffenden Hypothek ergiebt. Von diesem Gesichtspunkte ist es im vorliegenden Falle von Erheblichkeit, ob der Beklagte bei dem Erwerb der Hypothek von dem zu Gunsten des Klägers zwischen diesem und dem Grundstückseigentümer verabredeten Eigentumsvorbehalt bezüglich der Materialien Kenntnis gehabt hat oder nicht. Im letzteren Falle würde der Kläger dolos handeln, wenn er die Materialien ohne Bewilligung des Hypothekengläubigers wieder aus dem Gebäude herausnehmen wollte.

Nr. 1952. III. Sen. 29. April 1890. III. 31. 90. Bd. 25, Nr. 38, S. 188.

Hypothekarische Klage des Gläubigers bei einer ohne Konsens des Lehnsherrn stattgefundenen Verpfändung eines Lehngutes. (Gem. R.). Der Vater der Beklagten hat für die fraglichen Kapitalien das Lehngut selbst verpfändet. Diese Verpfändung der Substanz selbst, im Gegensatze zu der für die eigene und die Besitzzeit der lehnsfähigen Descendenten auch gegen den Lehnsherrn zulässigen Verpfändung der Lehnsfrüchte allein, setzt nach gemeinem Lehnsrechte zu ihrer Rechtsbeständigkeit gegen den Lehnsherrn allerdings dessen Einwilligung voraus, so daß, wenn es infolge einer nicht konsentierten Hypothek zur Veräußerung des Lehngutes kommt und der Lehnsherr seine Rechte geltend macht, der Gläubiger sich nur an die Früchte des Lehngutes halten kann, solange der Verpfänder und seine lehnsfähigen Descendenten leben. Ebenso können die Agnaten, welche in die Verpfändung nicht eingewilligt haben, im Successionsfalle das infolge der Verpfändung veräußerte Lehngut zurückfordern, weil die Verpfändung des Lehns gegen die Agnaten nur im Falle ihrer Zustimmung wirksam ist. Gegen den Verpfänder selbst ist dagegen die von ihm vorgenommene Verpfändung des Lehngutes auch ohne Konsens des Lehnsherrn und der Agnaten wirksam; er kann daher der Veräußerung des Lehngutes infolge der Verpfändung nicht widersprechen und hat es dem Lehnsherrn und den Agnaten zu überlassen, nach der Veräußerung bezw. nach dem Successionsfalle ihre Rechte geltend zu machen. Dem Verpfänder selbst stehen aber seine Kinder nach lippischem Rechte gleich, weil nach § 2 des Allodifikationsgesetzes vom 18. Mai 1847 rücksichtlich der Lehne die Handlungen der Väter für die Kinder verbindlich sind.

Nr. 1953. II. Sen. 3. Juli 1883. II. 161. 83. Bd. 10, Nr. 89, S. 303.

Erneuerung einer Hypothekeninskription. Art. 2148, 2153, 2154 code civil. (Rhein. R.). Die Erneuerung einer Inskription ist bezüglich ihres Inhaltes nicht mit der gleichen Strenge wie die erste Inskription zu beurteilen. Die Erneuerung ist nicht darum für nichtig zu erachten, weil sie eine Angabe des Datums und der Natur des Titels nicht enthält; es genügt, wenn die Erneuerung das zur Information über das Alter der Forderung und deren dingliche Qualität Erforderliche enthält.

Nr. 1954. II. Sen. 24. Juni 1884. II. 124. 84. Bd. 12, Nr. 82, S. 319.

Wirkung der Streichung eines Pfandeintrages. (Rhein. R.). Die Inskription hat den Zweck und die Bedeutung, ein durch das Gesetz begründetes Vorzugsrecht oder ein durch Gesetz, Urteil oder Vertrag entstandenes Pfandrecht zu wahren d. h. demselben die Geltendmachung gegen dritte Erwerber (droit de suite L.R. S. 2166) und den Vorrang gegen andere Gläubiger (droit de préférence L.R. S. 2106, 2134)

zu verschaffen und zu sichern. Derjenige, welcher das Eigentum oder ein Pfandrecht an einer Liegenschaft erwirbt, nachdem ein Vorzugs- oder Pfandrecht auf dieselbe eingetragen und damit offenkundig gemacht ist, muß davon ausgehen, daß dies Recht gegen sein Eigentum verfolgt oder seinem Pfandrechte vorgehen werde. Es geschieht deshalb demjenigen, welcher sich auf eine solche nachstehende Eintragung beruft, kein Unrecht, wenn ihm gegenüber der späteren Streichung der vorgehenden Inskription keine größere Wirkung beigelegt wird, als der Streichung selbst zukommt, d. h. wenn er deren Anfechtbarkeit gegen sich gelten lassen muß. Die Löschung der Inskription für sich allein bewirkt keine Aufhebung des Pfandrechts (L.R. S. 2180), sondern nur die seiner Wirksamkeit gegen dritte Personen. Ist nun aber die Löschung, weil die Streichbewilligungsurkunde dem Gesetze nicht entspricht, anfechtbar, so daß die Wiederherstellung der Eintragung des ungeachtet der Löschung fortbestehenden Pfandrechtes begründet erscheint, so kann jedenfalls den zwischen der früheren Inskription und deren Löschung geschehenen Eintragungen gegenüber diese Löschung nur als dasjenige, was sie in Wirklichkeit ist, nämlich als ein anfechtbarer Akt rechtlich in Betracht kommen. Derjenige, welcher infolge der späteren Eintragung seines Rechtes von vornherein dem vor ihm Eingetragenen nachzustehen hatte, kann sich auf das durch die Streichung dieses früheren Eintrages geschaffene thatsächliche Verhältnis, daß ihm diese frühere Eintragung nicht mehr vorgeht, nicht berufen, wenn und soweit dies thatsächliche Verhältnis durch Anfechtung beseitigt werden kann. Diese Ausführungen ergeben sich aus dem Prinzipe der Publizität. Es widerspricht dem Zwecke derselben nicht, wenn Jemand die Richtigkeit oder Anfechtbarkeit der Löschung eines Eintrages gegen sich gelten lassen muß, welcher für ihn bereits offenkundig war, als er die Eintragung seines Rechts bewirkt hatte. Im vorliegenden Falle kommt noch hinzu, daß der Beklagte, welcher Vorrang vor dem Kläger, dessen Eintrag gestrichen ist, beansprucht, nicht ein vertragsmäßiges, sondern nur ein richterliches Pfandrecht besitzt. Daß die Streichung noch nicht beseitigt und die Eintragung noch nicht wiederhergestellt ist, steht dem Kläger nicht entgegen, jedenfalls dann nicht, wenn die Streichung nicht bloß anfechtbar, sondern, wie Kläger behauptet, nichtig ist, also so angesehen werden müßte, als ob sie überhaupt nie geschehen wäre.

Nr. 1955. II. Sen. 26. Februar 1886. II. 461. 85. Bd. 15, Nr. 76, S. 310.

Vertragsmäßige Verpflichtung des Gläubigers, eine Generalhypothek auf gewisse Grundstücke nicht geltend zu machen. (Rhein. R.). Nach Art. 2123 code civil entsteht aus gerichtlichen Erkenntnissen eine Hypothek, durch welche alle gegenwärtigen und später erworbenen Liegenschaften des Schuldners betroffen werden. Diese Vorschrift beruht auf der Autorität, welche das Gesetz der richterlichen Entscheidung beilegt, sie gehört der öffentlichen Ordnung an und eine vorherige Verabredung, wonach die gerichtliche Entscheidung der ihr vom Gesetze beigelegten Wirkung entkleidet werden soll, würde nach Art. 1133 code civil wirkungslos sein. Die Verzichtleistung im Sinne des Art. 2180 Nr. 2 a. a. O. setzt eine bestehende Hypothek voraus. Im vorliegenden Falle hatten durch das festgestellte Übereinkommen die Eheleute D. eine Forderung des A. anerkannt und deren Sicherstellung versprochen. Für die eine Hälfte der Forderung sollten die in G. belegenen Liegenschaften in der Weise zum Pfande bestellt werden, daß A. ein freiwilliges Urteil erwirke und bei dem Hypothekenamte eintragen lasse, dagegen verpflichtete sich A. ausdrücklich, an den der Ehefrau D. in ungeteilter Gemeinschaft mit ihren Miterben gehörigen in S. belegenen Grundstücken keine Sicherheit zu suchen, falls die Schuldnerin D. diese bei der Versteigerung erwerben sollte, was geschehen ist. Das Versprechen, an diesen Grundstücken in S. keine Sicherheit zu suchen, konnte nach dem obigen die Entstehung der gerichtlichen Hypothek nicht verhindern. Aber es begründete ein obligatorisches Verhältnis, wodurch die Ehefrau D. das Recht erlangte, die Löschung der vertragswidrigen Eintragung und geeignetenfalls nach Art.

1145 a. a. O. Schadensersatz zu verlangen. Die Verabredung ist dahin zu verstehen, daß das Grundstück weder der Schuldnerin selbst noch im Falle der Veräußerung ihrem Rechtsnachfolger durch Eintragung der Hypothek entwährt werden dürfe (Art. 1121 code civil). Der Kläger, welcher die Grundstücke in S. von der Ehefrau O. erworben hat und welchem von ihr die Pfandfreiheit der Liegenschaften in dem Vertrage zugesagt ist, hat durch die Eintragung des freiwilligen Urteils ein klagbares Recht gegen die Verkäuferin auf Beseitigung der Hypothek erlangt (Art. 1626 code civil), er wurde hierfür Gläubiger der Ehefrau O. und konnte in Ausübung der seiner Schuldnerin zustehenden vertraglichen Rechte deren Kontrahenten zur Löschung der vertragswidrigen Eintragung nach Art. 1166 code civil anhalten. — Der Geltendmachung dieses Anspruches in der Berufungsinstanz stand der Einwand einer unzulässigen Klagänderung nicht entgegen. Die Thatsache, daß die Ehefrau O. die Grundstücke in S., wofür die Pfandfreiheit ausbedungen war, dem Kläger verkauft habe, war bereits in erster Instanz behauptet worden. Die Geltendmachung des dem Gläubiger nach Art. 1166 a. a. O. zustehenden Rechts stellt dafür kein nach §§ 235 Nr. 3, 489 C.P.O. unzulässiges neues Vorbringen dar, sondern erscheint nur als eine durch § 240 Nr. 1 C.P.O. gestattete rechtliche Ausführung, die gegenüber dem Bestreiten des Beklagten die Legitimation des Klägers begründet.

Nr. 1956. II. Sen. 15. April 1887. II. 427. 86. Bd. 17, Nr. 77, S. 323.

Pfändung von Zubehörstücken. Anspruch des Hypothekengläubigers auf den Erlös. Art. 524 code civil. (Rhein. R.). Die Vorschrift des Art. 524 code civil, wonach diejenigen Gegenstände, welche der Eigentümer eines Grundstücks „pour le service et l'exploitation de ce fonds“ auf dasselbe gebracht hat, vermöge ihrer Bestimmung als unbewegliche Sachen anzusehen sind, trifft nur solange zu, als die Gegenstände der ihnen vom Eigentümer gegebenen Bestimmung gemäß mit dem Grundstücke verbunden bleiben. Sie erlangen ihre Eigenschaft als bewegliche Sachen sofort wieder, wenn die erwähnte Verbindung aufgehoben wird, insbesondere wenn sie getrennt von dem Grundstücke verkauft und infolge dieser Verfügung vom Grundstücke entfernt worden sind. Der Kläger hat im vorliegenden Falle gegen die Pfändung, der er sich sogar selbst anschloß, und gegen den Verkauf der gepfändeten Gegenstände keinen Widerspruch erhoben, vielmehr erst bei dem Verteilungsverfahren, das ihm als Hypothekengläubiger angeblich zustehende Vorzugsrecht auf den Erlös geltend gemacht. Ihm stand aber außer dem ihm nach § 709 C.P.O. zukommenden Pfändungspfandrechte ein weiteres Vorzugsrecht an dem Erlöse der verkauften beweglichen Sachen nicht zu (Art. 2119 a. a. O.). Durch § 710 C.P.O. und § 1 des preußischen Gesetzes vom 4. März 1879 wird hieran nichts geändert.

Nr. 1957. II. Sen. 28. Oktober 1890. II. 171. 90. Bd. 27, Nr. 77, S. 311.

Haftung des Käufers des nach Art. 524 code civil immobilisierten Zubehöres einer Fabrik als Drittbesitzer im Sinne des Art. 2175 das. Erfordernis der Immobilisierung. (Rhein. R.). Das Berufungsurteil beruht auf der Annahme, daß die Frau R. bezüglich des von ihr eigentümlich erworbenen Betriebsmateriales der Fabrik als Drittbesitzerin im Art. 2175 code civil anzusehen sei und auf Grund der Bestimmungen dieses Artikels den klagenden Hypothekargläubiger wegen Verschlimmerung und Wertsverminderung der verpfändeten Fabrik in Höhe seines Ausfalles zu entschädigen habe. Wäre die Annahme, daß Frau R. Drittbesitzerin geworden sei, richtig, so würde es auf den guten oder bösen Glauben der Frau R. bei Wegnahme des Fabrikzubehöres nicht ankommen. Der Drittbesitzer haftet dem Hypothekargläubiger für jede Verschlimmerung, die durch seine Handlung dem Grundstücke zugefügt worden ist, ohne daß ihm bezüglich dieser Handlung ein Versehen nachgewiesen werden müßte. Der Rechtsgrund dieser Haftung beruht auf der Minderung seiner Eigentumsrechte, auf der Beschränkung

seiner Dispositionsbefugnis bezüglich des erworbenen Eigentums infolge der Hypothekarbestellung durch den Vorbesitzer. Wäre aber die Frau R. nicht als Drittbesitzerin anzusehen, so würde eine Schadensersatzpflicht sich nur auf der Grundlage der Art. 1382 ff. konstruieren lassen, und es müßte dann in erster Linie die Frage, ob ihr ein Versehen zur Last fällt, erörtert werden. Die Frau R. kann aber nicht als Drittbesitzerin im Sinne des Art. 2175 angesehen werden. Drittbesitzer ist derjenige, der das Eigentum der verpfändeten Liegenschaft oder eines Teiles derselben erworben hat. Die Frau R. hat aber nicht einen Teil der Liegenschaft, nämlich der Fabrik als solcher, sondern nur die mit dieser gemäß Art. 524 code civil verbundenen Mobiliargegenstände als Mobilien erworben. Nun ist das hypothekarische Recht des Gläubigers, der die Fabrik einschließlich des Zubehörs, solange es thatsächlich mit der Fabrik verbunden blieb, zu seiner Befriedigung angreifen konnte, durch den bloßen durch Vertrag erfolgten Eigentumswechsel des Zubehöres der Fabrik nicht beeinträchtigt. Dem Hypothekargläubiger gegenüber ist daher das übertragene Material trotz der Übertragung, da eine Hypothek überhaupt nur an unbeweglichem Gute bestehen kann, unbewegliches Gut geblieben. Allein daraus folgt noch keineswegs, daß Frau R., die doch nur bewegliches Gut erwerben wollte und erworben hat, nunmehr als Drittbesitzerin eines Teils des Grundstückes im Sinne des Gesetzes anzusehen sei. Da der Vertrag, wodurch das Eigentum des Materials auf Frau R. übergegangen ist, für den Hypothekargläubiger überhaupt nicht existierte, so war ihm gegenüber allein der ursprüngliche Schuldner als der Eigentümer der Fabrik einschließlich des Materials anzusehen und er allein konnte als Repräsentant des verpfändeten Grundstücks nebst Zubehör mit der hypothekarischen Klage verfolgt werden. Wenn einmal der Satz als richtig anzuerkennen ist, daß der Eigentumsübergang des Fabrikzubehörs auf die Frau R. das vorher erworbene Recht des Hypothekargläubigers nicht berühren konnte, so erscheint es inkonsequent, von diesem zu verlangen, daß er die Frau R. auf Grund des Vertrages als die Eigentümerin eines Teils des Grundstücks ansehen und als Drittbesitzerin behandeln solle. Darin würde zugleich eine Anerkennung des Vertrages und des Eigentumsüberganges auch vom Standpunkte des Hypothekargläubigers liegen. Daß der Art. 2175 im vorliegenden Falle nicht angewendet werden kann, ergiebt sich ferner aus folgendem. Der Artikel setzt voraus, daß der Erwerber des Grundstücks oder eines Teils desselben gerade dies Grundstück oder den erworbenen Teil verschlimmert oder im Werte verringert habe. Nun hat aber die Frau R. die ihr übertragenen Fabrikutensilien selbst nicht im Werte verringert. Der Kläger behauptet nur, daß Frau R. durch die Trennung und Fortschaffung der Utensilien aus der Fabrik die letztere im Werte vermindert habe. Aber bezüglich der Fabrik selbst war sie jedenfalls nicht Drittbesitzerin, und eine Deterioration derselben, gleichviel auf welche Weise sie verursacht sein möchte, würde gegen die Frau R. offenbar nicht auf der Grundlage des Art. 2175 verfolgt werden können. Ebensowenig erscheint für die vorliegende Frage der Gesichtspunkt berechtigt, daß Frau R. durch die Trennung der Utensilien von der Fabrik, indem sie dadurch den Zugriff des Hypothekargläubigers auf die ersteren unmöglich machte, das ganze verpfändete Grundstück bestehend aus Fabrik nebst Zubehör und damit indirekt auch das letztere selbst geschädigt habe. Denn bei Anwendung des Art. 2175 ist scharf zu unterscheiden, welcher Teil des verpfändeten Grundstücks in das Eigentum des Rechtsnachfolgers übergegangen ist. Nur für eine Verschlimmerung dieses von ihm besessenen und soweit für sich allein in Betracht kommenden Teiles könnte er auf Grund jenes Artikels in Anspruch genommen werden. Auf Rechtsirrtum beruht auch die Annahme des Berufungsgerichts, daß auch eine geliehene Dampfmaschine durch die vom Fabrikbesitzer erfolgte Einverleibung in die Fabrik gemäß Art. 254 code civil zur unbeweglichen Sache gemacht und dem Rechte des Hypothekargläubigers unterworfen werde. Die Immobilisierung „par destination“ setzt notwendig voraus, daß der, welcher die bewegliche Sache mit seinem Grundstücke verbindet, auch Eigentümer der beweglichen

Sache sei. Nur der Eigentümer der beweglichen Sache kann diese mit dem Grundstücke, wie der Art. 524 am Schlusse sagt, „à perpétuelle demeure" verbinden. Nr. 89.

Nr. 1958. II. Sen. 20. Mai 1892. II. 87. 92. Bd. 29, Nr. 74, S. 303.

Vereinigung des Hypothekenrechts mit dem Eigentume. (Rhein. R.). Das Berufungsgericht nimmt an, daß das Kaufpreisprivilegium des S. und der Witwe H. durch Konsolidation, nämlich dadurch, daß die genannten Inhaber des dinglichen Rechts die mit diesem belasteten Grundstücke in der Subhastation erstanden, erloschen sei. Hierbei läßt es das Berufungsgericht dahingestellt, ob zugleich die Kaufpreis*forderung*, die durch das dingliche Recht gesichert wurde und bezüglich deren sich die Gläubiger und Schuldner in einer Person vereinigten, mit Rücksicht auf die stattgefundene Verpfändung der Forderung durch Konfusion habe erlöschen können, indem es der Ansicht ist, daß, auch wenn das Forderungsrecht nicht untergegangen ist, doch der Konsolidation d. h. dem Erlöschen des accessorischen dinglichen Rechtes die Wirkung nicht versagt werden könne. Diese Auffassung ist rechtsirrtümlich. Der Irrtum besteht darin, daß in unzulässiger Weise das accessorische dingliche Recht von dem Forderungsrechte, dem es angehörte, getrennt zur Beurteilung gezogen ist und daß die Wirkung der Konsolidation, der Vereinigung des dinglichen Rechts mit dem Eigentume an der Sache in einer Person, als vollendet anerkannt ist, ohne gleichzeitig nach dem rechtlichen Schicksale der Forderung zu fragen. In einem Falle wie dem vorliegenden, wo durch den Ankauf von S. und der Witwe H. an und für sich die Voraussetzungen für die rechtliche Möglichkeit der Konfusion der Forderung und zugleich für die Konsolidation des dinglichen Rechts geschaffen wurden, konnte die letztere nicht eintreten, wenn nicht gleichzeitig auch die erstere eintrat. Das Resultat beider durch dasselbe Ereignis herbeigeführten Rechtswirkungen konnte nur ein einheitliches sein. Das folgt aus der Natur des hier fraglichen dinglichen Rechts als eines Accessoriums der Forderung. Bezüglich der Forderung war aber jede Konfusion ausgeschlossen, weil sie vor dem Ankaufe des Grundstückes dem Kläger in gültiger Weise zum Faustpfande bestellt war, welche Rechtshandlung jede weitere in und durch die Person der Schuldner eintretende Veränderung in Ansehung der Forderung und deren Sicherheiten dem Pfandgläubiger gegenüber unwirksam machte. Die Subhastation selbst und das darauf stattgehabte Verteilungsverfahren haben an dieser rechtlichen Lage nichts geändert. Mit Recht hat zunächst das Berufungsgericht die Ansicht zurückgewiesen, daß schon durch die Subhastation allein das hypothekarische Recht erlösche, indem dadurch dies Recht in einen bloßen Anspruch an dem Kaufpreise umgewandelt werde. Das hypothekarische Recht besteht nach der französischen Gesetzgebung trotz der erfolgten Subhastation und trotz der stattgefundenen Anweisung des Gläubigers in dem definitiven Kollokationsstatus so lange, bis der Gläubiger für seine Forderung seine Befriedigung gefunden, also die Tilgung der Forderung stattgefunden hat. Diese hätte nun im vorliegenden Falle an und für sich auch durch Konfusion erfolgen können, da ja S. und die Witwe H. für ihre Forderung auf den von ihnen selbst zu zahlenden Kaufpreis definitiv angewiesen worden sind. Allein diese Anweisung ist nicht lediglich zu ihren Gunsten erfolgt, so daß sie frei über den angewiesenen Betrag hätten verfügen können, sondern S. und die Witwe H. sind *gemeinschaftlich mit dem Pfandgläubiger* angewiesen worden so wie auch alle drei gemeinschaftlich als Extrahenten der Subhastation aufgetreten waren. Demnach hat die Anweisung auch nur die Bedeutung gehabt, daß dem S. und der Witwe H. der betreffende Rest des Kaufpreises, belastet mit dem Pfandrechte des Klägers, zugewiesen wurde, was jede Verfügung über diesen Anspruch zum Nachteil des Klägers und folgeweise jede Konfusion in der Person des S. und der Witwe H. verhinderte. Im übrigen muß als richtig anerkannt werden (Nr. 1959), daß das französische Recht im allgemeinen ebenso wie das römische Recht eine Hypothek an der eigenen Sache nicht kennt, und daß daher auch die Konsolidation, wie sie andere dingliche Rechte an

einer fremden Sache, Nießbrauch und Servituten, zum Erlöschen bringt, ein Erlöschungsgrund der Hypotheken ist, wenn sie auch im Art. 2180 code civil unter den Erlöschungsgründen nicht besonders erwähnt wird. Indessen springt sofort der Unterschied in die Augen, daß es sich bei anderen dinglichen Rechten an einer fremden Sache um selbständige für sich bestehende Berechtigungen an der Sache handelt, welche nicht in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu anderen Rechten stehen, während die Hypothek keine selbständige Existenz hat, sondern nur ein Zubehör der Forderung ist. Diese Unterscheidung führt es mit sich, daß bei den Hypotheken die Konsolidation nicht wie bei den anderen dinglichen Rechten als ein unter allen Umständen wirkender Erlöschungsgrund der Hypothek angesehen werden kann, sondern stets in Verbindung mit der Forderung selbst in rechtlichen Betracht gezogen werden muß. Einen besonderen Anhalt für die vorgedachte Auffassung bieten die Grundsätze über das Hypothekenreinigungsverfahren (Art. 2181 ff. code civil). Dies Verfahren gewährt dem Käufer eines mit Hypotheken belasteten Grundstücks das Recht, durch Zahlung des vertragsmäßigen Kaufpreises an die Hypothekengläubiger nach dem Range der Eintragung das Grundstück von sämtlichen Hypotheken zu befreien. Es besteht nun kein Zweifel darüber, daß auch der Käufer selbst, wenn er eine vorher schon auf dem Grundstück eingetragene Hypothek hat, mit zu den Gläubigern gehört, an die gemäß Art. 2186 a. a. O. der Rangordnung nach der Kaufpreis zu bezahlen ist. Doktrin und Praxis nehmen sogar fast übereinstimmend an, daß der Käufer auch nach dem Ankaufe die Inskription seiner eigenen Hypothek an dem Grundstücke gerade wie jeder dritte Hypothekengläubiger gemäß Art. 2154 a. a. O. erneuern lassen muß, um sie aufrecht zu erhalten und aus dem Kaufpreise befriedigt zu werden. Dies beweist offenbar, daß ein Erlöschen einer solchen Hypothek durch bloße Konsolidation als ausgeschlossen gilt. Der Grund aber, weshalb das Gesetz in diesem Falle eine Konsolidation des dinglichen Rechts nicht anerkennt, obgleich dessen Inhaber zugleich Eigentümer des verpflichteten Grundstücks geworden ist, liegt eben darin, daß eine Aufrechnung der eingetragenen Forderung mit einem entsprechenden Teile des vom Käufer zu zahlenden Kaufpreises so lange nicht erfolgen kann, als nicht durch ein Ordreverfahren oder durch eine gütliche definitive Übereinkunft sämtlicher Beteiligten festgestellt ist, welche der verschiedenen eingetragenen Hypotheken bezw. in welcher Reihenfolge bei Überbelastung des Grundstücks diese aus dem Kaufpreise zu bezahlen sind. Solange diese Feststellung nicht erfolgt ist, trifft nicht Forderung und Schuld in derselben Person zusammen, es kann daher auch so lange keine Konfusion eintreten. Weil aber die Forderung selbst nicht untergeht, bleibt auch das accessorische mit ihr verbundene Hypothekenrecht bestehen.

Nr. 1959. II. Sen. 22. Juni 1886. II. 565. 85. Bd. 16, Nr. 66, S. 277.

Wirkung der Konsolidation der Hypothek. Art. 1251, 1300, 2177, 2180 code civil. (Rhein. R.). Der Beklagte gründet seinen Anspruch auf Befriedigung aus dem Kaufpreise des Hauses in dem wider O. eingeleiteten Kollokationsverfahren auf die im Jahre 1880 zu Gunsten des Kaufmannes E. bewirkte Einschreibung einer hypothekarischen Forderung, welche O., nachdem er in der Subhastation Ansteigerer des Hauses geworden war, durch Cession erworben und im Dezember 1882 mit allen ihr anhaftenden Rechten dem Beklagten übertragen hatte. Der zum Vorteile des Klägers wider dessen Schuldner O. bewirkte Pfandeintrag ist zwar erst im Oktober 1882 erfolgt, aber mit Recht beansprucht der Kläger den Vorrang, weil die an den Beklagten geschehene Cession wegen der eingetretenen Konsolidation den Übergang des Pfandrechts nicht bewirken konnte. Nach der Auffassung des Gesetzgebers (Art. 2114 code civil) erscheint die Hypothek als ein Recht auf die Sache eines Anderen. Da das Eigentum alle an einer Sache denkbaren Rechte in sich begreift (Art. 544 code civil), so kann Niemand ein Pfandrecht an der eigenen Sache haben, durch die Vereinigung des Pfandrechtes und des Eigentumes in derselben Hand (Konsolidation) geht daher das Pfandrecht unter.

Neuere Rechtsbildungen haben zwar durch die zur Beförderung des Realkredits geschaffenen Grundschulden die Zulässigkeit des Pfandrechts an der eigenen Sache anerkannt, diese Anschauung ist aber dem code civil fremd. Das in Art. 1251 code civil gewährte Vorrecht (die gesetzliche Subrogation zum Vorteile des Erwerbers einer Liegenschaft, welcher den Kaufpreis zur Befriedigung der Hypothekargläubiger verwendet hat) und die Bestimmung des Art. 2177 a. a. O., (die dem Inhaber einer Hypothek, welcher die verpfändete Liegenschaft erwirbt, im Falle der Abtretung oder der Zwangsversteigerung einen Schutz wider die nachstehenden Gläubiger durch das Wiederaufleben seines erloschenen Pfandrechts gewährt), beruhen auf Gründen der Billigkeit und erscheinen als Ausnahmen von der aus der Natur des Pfandrechts folgenden Regel. Der Art. 1300 code civil ist ungenau gefaßt. Abgesehen von dem Falle des Art. 1183 a. a. O. behält die persönliche wie die dingliche Konfusion ihre Wirkung. Im vorliegenden Falle hat die Konsolidation nicht etwa unter einer (zurückwirkenden) Bedingung, sondern durch die definitiven Rechtshandlungen des O. stattgefunden, welcher sowohl den Pfandgegenstand als auch die Forderung (unbedingt) erworben hat. O. ist weder entwährt noch durch die Pfandgläubiger zur zwangsweisen Abtretung des Hauses gezwungen worden, er hat vielmehr das Haus freiwillig an den Beklagten verkauft, wie er auch die Forderung durch freiwillige Cession übertragen hatte. Diese Cession stellt daher nach Untergang des dinglichen Rechtes ihrem Wesen nach die Bestellung einer neuen Hypothek dar und hatte gegenüber den übrigen Pfandgläubigern nur das Datum der neuen Eintragung. Eine Eintragung ist auch vom Beklagten im Januar 1883 bewirkt worden, sie steht aber dem mit einer älteren Eintragung versehenen Kläger nicht entgegen. Nr. 1958.

Nr. 1960. II. Sen. 17. September 1887. II. 113. 87. Bd. 19, Nr. 72, S. 377.

Wirkung eines ohne die Bewilligung des Gläubigers erfolgten Pfandstriches. (Rhein. R.). Der Umstand, daß der von dem Pfandbuchführer vorgenommene Pfandstrich ohne die gesetzliche Voraussetzung nämlich ohne Pfandstrichsbewilligung des Gläubigers geschah (L.R.S. 2157), hatte an sich noch nicht die Unwirksamkeit dieses Pfandstriches im Verhältnisse zwischen dem nachfolgenden Erwerber des Grundstückes und dem Gläubiger zur Folge. Das folgt aus der Publizität des Pfandbuches. Im vorliegenden Falle aber kann sich der Erwerber des Grundstückes nach den konkreten Umständen auf den Pfandstrich nicht berufen. Nach erfolgtem Pfandstrich, aber vor Erwerb des Grundstückes seitens des Beklagten ist vom Pfandbuchführer unter dem Pfandstrich ein Vermerk gemacht, nach dessen Inhalt es zweifelhaft war, ob der Pfandstrich sich auf das fragliche Grundstück beziehe. Der Erwerber des Grundstückes konnte aber jedenfalls nur einen solchen Inhalt des Pfandbuches für sich anrufen, welcher die Nichtbelastung des Grundstückes mit einem Pfandrechte unzweifelhaft darstellt.

Hypothek und Grundschuld nach preußischem Recht. a) Inhalt und Umfang, Rangordnung.

Nr. 1961. II. Hilfs-Sen. 21. März 1881. V^a. 614. 80. Bd. 4, Nr. 84, S. 324.

Rangordnung der Hypotheken. (Preuß. R.). Bei der Kollision verschiedener Eintragungen im Grundbuch ist nicht die Reihenfolge der Eintragungen allein für die Priorität maßgebend, vielmehr kommt derjenigen Eintragung der Vorrang zu, welche bei ordnungsmäßigem Verfahren des Grundbuchrichters zuerst hätte eingetragen werden müssen. Für den gebührenden Vorrang entscheidet die Zeit, zu der der Antrag auf Eintragung, der ein sachliches Hindernis nicht entgegensteht, dem Grundbuchrichter vorgelegt (präsentiert) ist. Unrichtige Eintragungen an sich, und solange die Personen der Beteiligten dieselben bleiben, dürfen das wahre Rechtsverhältnis für dieselben nicht ändern. §§ 422ff. 433, 450, 451, 503, I. 20 A.L.R. Durch das hier allein maßgebende E.E.G. vom 5. Mai 1872 ist, abgesehen von einzelnen

hier nicht interessierenden Bestimmungen, nur die dingliche Seite der von ihm geordneten Rechtsmaterien betroffen, während die damit in Verbindung stehenden obligatorischen Rechtsverhältnisse von ihm unberührt geblieben sind. Die vorliegende Frage betrifft aber sowohl die dinglichen als auch die obligatorischen Rechtsverhältnisse der Beteiligten. Die Vorschriften der §§ 16, 17, 18, 19, 22, 34, 37 ff., des Gesetzes vom 5. Mai 1872 betreffen nur die dingliche Seite. Die eigentliche Streitfrage ist aber nach den die persönlichen Rechtsverhältnisse betreffenden sonstigen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu entscheiden. Die die persönlichen Rechtsverhältnisse betreffenden Bestimmungen des A.L.R. I. 20 sind so weit in Kraft geblieben, als sie nicht mit den Bestimmungen des Gesetzes vom 5. Mai 1872 in Widerspruch stehen. Der Grundbuchrichter, der die unrichtige Folgeordnung durch ein Versehen herbeigeführt hat, haftet nicht unbedingt, auch nur subsidiarisch. §§ 502, 503, 451, 452, 433, 428—435, I. 20 A.L.R. § 91, II. 19 das. § 29 Abs. 1 G.B.O. An erster Stelle haftet für den Nachteil des Gläubigers derjenige, welcher durch das Versehen des Richters einen Vorteil erlangt hat, zu welchem er kein Recht hatte. § 433, I. 20 A.L.R. Die Haftung besteht darin, daß er darauf belangt werden kann, der nacheingetragenen Post das Vorrecht einzuräumen, bezw. daß er im Fall der Veräußerung des Grundstücks zum Zwecke der Befriedigung der Hypothekengläubiger von seinem bestehenden dinglichen Vorrecht zum Nachteil des nacheingetragenen Gläubigers keinen Gebrauch machen kann. Nr. 1991.

Nr. 1962. V. Sen. 28. Januar 1885. V. 236. 84. Bd. 13, Nr. 56, S. 233.

Bestellung einer Revenüenhypothek an einem Grundstücke, welches sich im vollen Eigentum des Verpfänders befindet. §§ 1, 26, 225, I. 20 A.L.R., §§ 80 ff. II. 4 das., § 45 des E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Die Zulässigkeit der Bestellung von Revenüenhypotheken (im Gegensatz zur unbeschränkten Grundstückshypothek, der Substanzhypothek) an einem im vollen Eigentum des Verpfänders (im Gegensatz zum Fideikommiß- und Lehngute) befindlichen Grundstücke ist nach den Grundsätzen des preußischen A.L.R. nicht ausgeschlossen. In der Definition des Pfandrechts (§ 1, I. 20 A.L.R.) sind unter der zu verpfändenden „Sache" auch Rechte zu verstehen (§ 8, I. 2 A.L.R.) und zu diesen gehört auch das Nutzungsrecht des Eigentümers. Letzteres bildet zwar an sich nur einen Bestandteil des Eigentumsrechts, aber eben durch die Verpfändung gestaltet es sich in der Hand des Pfandgläubigers auch zu einem selbständigen Rechte und zwar zu einem solchen, welches einen besonders geeigneten Gegenstand seiner Sicherung und Befriedigung bildet. Das A.L.R. erwähnt zwar das Nutzungspfand nur in einzelnen Vorschriften, welche sich auf besondere Fälle beziehen. Daraus folgt aber nicht, daß die Verpfändung des Nutzungsrechts nur in diesen Fällen, ausnahmsweise, gestattet wäre. Vielmehr beruhen die gedachten Vorschriften sämtlich auf der Voraussetzung der allgemeinen Zulässigkeit des Nutzungspfandes. Dies gilt von §§ 26, 225, I. 20 A.L.R., § 228, I. 18, § 80 ff. II. 4 A.L.R. Auch nach den Bestimmungen des E.E.G. vom 5. Mai 1872 erscheint die Bestellung einer Revenüenhypothek nicht als unzulässig. Die Bestimmung in § 45 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 steht der Zulässigkeit nicht entgegen. Auf den Vertrag, durch welchen ausdrücklich eine Revenüenhypothek bestellt wird, bezieht sich der § 45 a. a. O. überall nicht. Denn dieser Vertrag widerstreitet dem Pfandrechte nicht und unterscheidet sich dadurch von dem hier für nichtig erklärten Vertrage wesentlich. Ebensowenig konnte er im § 45 a. a. O. als ein Vertrag bezeichnet werden, wodurch dem Gläubiger das Recht, das Grundstück zu veräußern, „entzogen" wird, weil die Entziehung desselben ein durch die Pfandbestellung an sich begründetes Recht voraussetzt, während die bloße Bestellung einer Revenüenhypothek dem Gläubiger ein Recht, das Grundstück zu veräußern, überhaupt nicht gewährt, also auch nicht entzieht. Bei der Revenüenhypothek würde nach Analogie des § 45 a. a. O. nur der Nebenvertrag

nichtig sein, daß der Gläubiger deren Gegenstand, also das Nutzungsrecht oder die Früchte, nicht veräußern solle. Die Unzulässigkeit der ausdrücklichen Bestellung einer Revenüenhypothek folgt auch nicht aus dem Wegfalle der Interpretationsregel des § 26, I. 20 A.L.R., weil ihre Zulässigkeit nicht auf der letzteren beruhte, sondern umgekehrt bei denselben vorausgesetzt war. Eine andere Auffassung des § 45 a. a. O. läßt sich auch nicht auf dessen Motive stützen. Wäre aber in denselben in der That die Absicht ausgesprochen, abgesehen von Lehn- und Fideikommißgütern die vertragsmäßige Revenüenhypothek auszuschließen, so hätte diese Absicht doch in dem Gesetze selbst keinen geeigneten Ausdruck gefunden. Das E.E.G. steht auch der Anwendung der bisherigen Form der Eintragung, wonach die Revenüenhypothek auf dem betreffenden Grundstücke mit der Einschränkung des Gläubigers auf dessen Früchte und Nutzungen, als beschränkte Grundstückshypothek, eingetragen wurde, nicht entgegen. Wie diese Form für die Eintragung von Revenüenhypotheken an Lehn- und Fideikommißgütern ferner anwendbar erscheint, so ist sie es auch bei jeder anderen Revenüenhypothek.

Nr. 1963. II. Hilfs-Sen. 24. Juni 1880. V^a. 164. 79. Bd. 2, Nr. 76, S. 286.

Eingetragene Zinsen. § 30 des Eigentums- u. s. w. Gesetzes vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Das Kreditinstitut liquidierte bei Belegung der Kaufgelder für das in notwendiger Subhastation versteigerte Rittergut am Orte des eingetragenen Pfandbriefdarlehens zugleich einen Betrag, der aus Zinsen bestand, die dem gedachten Institute nach den betreffenden Reglements um deshalb zustehen sollten, weil dasselbe zur Deckung der von dem Schuldner an dem bestimmten Fälligkeitstermine nicht bezahlten Zinsen des Pfandbriefdarlehens gleich hohe Beträge aus seinem eigentümlichen Fonds entnommen hatte. Der nachfolgende Hypothekengläubiger hat den Zinsanspruch nich tanerkannt und den Betrag auf seine Hypothek für sich beansprucht. Die angelegte Spezialmasse ist dem Letzteren zugesprochen. Im vorliegenden Falle sind außer den vorbedungenen Zinsen nur Amortisationszahlungen und Kosten eingetragen. Unter keine dieser Kategorien lassen sich die verlangten Verzugszinsen subsumieren. Der Umstand, daß sich der Anspruch aus dem Regulativ und dem Statut ergiebt und daß im Eintragungsvermerk die Darlehensforderung als eine diesem Regulativ und Statut unterworfene bezeichnet ist, ändert hierin nichts. Hiermit ist nur eine nähere Bezeichnung der eingetragenen Darlehensforderung gegeben; es ist ersichtlich gemacht, von welcher Art und Beschaffenheit die Darlehensforderung sei; außerdem aber genügt jene Bezugnahme auf gewisse Reglements nicht, um eine Eintragung der fraglichen Verzugszinsen als geschehen annehmen zu können. Nr. 1983.

Nr. 1964. III. Sen. 24. Oktober 1879. III. 12. 79. Bd. 1, Nr. 44, S. 105.

Hypothek. Kosten der Klage. (Preuß. R.). Nach § 30 des preußischen Gesetzes vom 5. Mai 1872 haftet die Hypothek für die Kosten einer von der hypothekarischen Klage getrennt angestellten persönlichen Klage nicht.

Nr. 1965. V. Sen. 17. März 1894. V. 324. 93. Bd. 33, Nr. 47, S. 217.

Fortdauernde Anwendbarkeit der §§ 482, 483, I. 20 A.L.R. auf die vor dem 1. Oktober 1872 eingetragenen Hypotheken. (Preuß. R.). Während nach den §§ 482, 483, I. 20 A.L.R. der Hypothekengläubiger sich wegen der von dem eingetragenen Kapitale vorbedungenen Zinsen (nicht auch wegen Zögerungszinsen) an das Grundstück halten kann, auch wenn ihrer im Eintragungsvermerk nicht besonders Erwähnung geschehen ist, haftet nach § 30 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 das Pfandgrundstück für Zinsen, vorbedungene oder Zögerungszinsen, nur dann, wenn sie im Grundbuche eingetragen sind. Daraus, daß den Grundbuchgesetzen von 1872 weder allgemein noch dem § 30 des E.E.G. insbesondere rückwirkende Kraft beigelegt ist, folgt, daß der Umfang der Forderungen, wofür das Pfandgrundstück haftet, nach den zur Zeit der Ent-

stehung des Hypothekenrechts geltenden Gesetzen zu beurteilen ist, daß somit das Pfandgrundstück auch für die nicht eingetragenen vorbedungenen Zinsen eines vor dem 1. Oktober 1872 eingetragenen Kapitals haftet, vergl. Einl. § 14 A.L.R. § VIII des Publikationspatents von 1794. Diesen Satz suchen die Kommentatoren des Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883 mit dem Argumente vergeblich zu erschüttern, daß die neue Bestimmung des § 30 E.E.G. nach dem im § 73 der G.B.O. aufgestellten Prinzipe mit rückwirkender Kraft auch auf frühere Eintragungen zu beziehen sei. In dem § 73 der G.B.O. ist keineswegs eine Vorschrift enthalten, die als ein Grundsatz allgemeiner Natur der analogen Anwendung fähig wäre; vielmehr verfolgt der § 73 lediglich den Zweck, dem § 12 E.E.G. rückwirkende Kraft zu verleihen, nicht aber den, für Rechtsverhältnisse, die im § 12 nicht berührt sind, eine Rechtsregel aufzustellen. Nr. 1738. Demgemäß kann der § 73 der G.B.O. als Übergangsbestimmung nur auf die dinglichen Rechte des § 12 E.E.G. zur Anwendung gelangen. Anderenfalls hätte es einer ausdrücklichen allgemeinen oder besonderen Vorschrift in dem Gesetze bedurft. Aus einer andere Rechtsverhältnisse betreffenden exceptionellen Vorschrift kann eine so einschneidende mit dem allgemeinen Prinzipe der Nichtrückwirkung neuer Gesetze im Widerspruch stehende Bestimmung nicht abgeleitet werden. Hiernach ist dem § 482, I. 20 A.L.R. die fernere Anwendbarkeit nicht zu versagen.

Nr. 1966. III. Sen. 18. Juni 1880. III. 8. 80. Bd. 2, Nr. 66, S. 244.

Umfang des Hypothekenrechts. (Preuß. R.). Der Reinertrag aus dem während des Laufes des Konkursverfahrens fortgesetzten Betriebe der zur Konkursmasse gehörigen Fabriken ist zu den in § 30 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 neben den Pacht- und Mietzinsen erwähnten „sonstigen Hebungen" nicht zu rechnen. Der Reingewinn aus dem Betriebe einer Fabrik, hier einer Fabrik für Holzstoffbereitung, besteht nicht aus dem Nutzungswerte eines Grundstücks, sondern stellt den Gelderlös eines Gewerbe- oder Geschäftsbetriebes dar, wofür neben manchen anderen wesentlichen Faktoren das verpfändete Grundstück nur als Hilfsmittel erscheint.

Nr. 1967. V. Sen. 20. Oktober 1888. V. 179. 88. Bd. 22, Nr. 55, S. 272.

Die von der Gutsherde geschorene Wolle als Frucht des Gutes. Freiwerden der abgesonderten Früchte von dem Hypothekenrechte. (Preuß. R.). Der Kläger hat die Konstituierung eines Pfandrechts an der Wolle aus prozessualen Gründen nicht nachgewiesen. Die Beschlagnahme des Gutes R. erfolgte nach § 16 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 nur zu Gunsten der betreibenden Gläubiger. Dem Kläger als Realgläubiger steht nur das im Gesetze näher bestimmte Recht auf die Kaufgelder, nicht aber ein Pfandrecht auf Grund der Beschlagnahme zu. Daß ein Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung seitens des Klägers vor der Wegschaffung der Wolle erhoben sei (§ 206 Abs. 2 des Gesetzes vom 13. Juli 1883), ist nicht behauptet. Ebensowenig sind von ihm Anträge auf Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes gestellt. Es kommt deshalb lediglich darauf an, ob das vom Kläger prätendierte Pfandrecht eine Stütze im materiellen Rechte findet. Dem Berufungsrichter ist darin beizustimmen, daß die von der Gutsherde geschorene Wolle nach § 220, I. 9 A.L.R. zu den Früchten des Landgutes gehört. Früchte können zwar auch die Eigenschaft von Zubehör besitzen (§ 49, I. 2 A.L.R.). Dieser Fall wird hier jedoch dadurch ausgeschlossen, daß die Wolle zu der üblichen Zeit geschoren ist und daß sie zur Fortsetzung der Wirtschaft bis zur nächsten Ernte nicht erforderlich war. Gehörte die Wolle aber zu den Früchten des Gutes, so kommen die Vorschriften des materiellen Rechtes darüber, inwieweit abgesonderte Früchte dem Pfandrechte des Gläubigers unterliegen, zur Anwendung. Nach dem jetzt geltenden Rechte (§ 30 Abs. 4 des E.E.G. vom 5. Mai 1872) ist der Grundsatz anzunehmen: Die abgesonderten Früchte werden vom Hypothekenrechte frei, wenn sie zur Zeit der Zwangsvollstreckung von dem Grundstücke ent-

fernt worden sind, sollte auch diese Entfernung mit einer Verfügung des Eigentümers über die Früchte nicht verbunden sein. Daraus folgt, daß der Berufungsrichter zutreffend das vom Kläger beanspruchte Pfandrecht an der Wolle verneint hat, weil sie zur Zeit der Realisierung des Pfandrechts auf dem Gute nicht mehr vorhanden war, und daß es nicht darauf ankommt, ob der frühere Eigentümer sie dem Beklagten verkauft hatte oder ob die Wegschaffung durch den Gerichtsvollzieher sich als Akt einer rechtsgültigen Zwangsvollstreckung darstellt.

Nr. 1968. V. Sen. 14. November 1888. V. 203. 88. Bd. 22, Nr. 63, S. 322.

Gebühren des Anwalts für Erhebung von Geldern im Kaufgelderbelegungstermine als notwendige Kosten der Beitreibung. (Preuß. R.). Bei der Kaufgelderverteilung mußten neben dem Kapitale der Beklagten auch die Kosten der Beitreibung in Ansatz gebracht werden. (Vergl. § 29 der Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853, § 30 des E.E.G. vom 5. Mai 1872, § 35 Nr. 1 des Gesetzes vom 13. Juli 1883). Die Beitreibung einer Hypothekenforderung wird erst durch die Empfangnahme des Geldes seitens des Gläubigers beendigt, es gehören deshalb die Erhebungsgebühren zu den Beitreibungskosten. Es kann auch die Befugnis der Beklagten, bei einer Zwangsversteigerung, welche dem Antragsteller das Recht gewährt, die Barzahlung des Kaufgeldes zur Bedingung zu machen und dadurch sämtliche Hypotheken zur Fälligkeit zu bringen, sich durch einen Rechtsanwalt vertreten zu lassen, nicht bezweifelt werden. Aber die Geltendmachung des Pfandrechts durch die Subhastation ist sowohl für den betreibenden Gläubiger als für die weiteren Realinteressenten ein prozessualer Akt, auf den die allgemeinen das ganze Prozeßverfahren beherrschenden Bestimmungen Anwendung finden. Zu diesen gehören bei der Zwangsvollstreckung in Grundstücke die Vorschriften im ersten Abschnitte des VIII. Buches der C.P.O. (Nr. 3587) insbesondere die des § 697, wonach dem Schuldner nur die *notwendigen* Kosten zur Last fallen. In betreff der Frage, ob die von einer Partei aufgewendeten Kosten zu den notwendigen gehören, verweist der § 697 auf § 87 C.P.O., und dieser läßt über die Notwendigkeit das freie richterliche Ermessen entscheiden. Im vorliegenden Falle hat der Berufungsrichter ausgesprochen, daß die Übersendung des auf die Beklagte fallenden Teils der Kaufgelder, da deren Legitimation als Realgläubigerin feststand, zufolge § 121 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 durch die Post stattfinden konnte und daß die Beklagte verpflichtet war, diesen für ihren Schuldner billigeren Weg der Ablieferung des Geldes einzuschlagen. Es ist nicht ersichtlich, daß der Berufungsrichter durch seine auf den vorliegenden Sachverhalt getroffene Entscheidung gegen Gesetze oder Rechtsgrundsätze verstoßen hat.

Nr. 1969. V. Sen. 13. März 1889. V. 343. 88. Bd. 23, Nr. 12, S. 54.

Laufende Mietszinsen eingezogen vom Konkursverwalter. Ansprüche der Realgläubiger daran. (Reichs- und preuß. R.). Die Bestimmungen in §§ 476, 477, I. 20 A.L.R. sind in betreff der *laufenden* Pacht- und Mietzinsen durch § 30 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 nicht geändert. Die nach dem Gesetze vom 13. Juli 1883 (§ 16) eintretende Beschlagnahme des Grundstückes erstreckt sich auf die zur Immobiliarmasse gehörigen beweglichen Gegenstände *mit Ausnahme der Pacht- und Mietzinsen*. Um die Beschlagnahme auf die Revenuen auszudehnen, muß deshalb der Gläubiger neben der Zwangsversteigerung die Zwangsverwaltung beantragen (§§ 139 ff. des Gesetzes vom 13. Juli 1883.). Hiernach wäre im vorliegenden Falle der Pfandschuldner, wenn keine Konkurseröffnung über sein Vermögen stattgefunden hätte, durch die geschehene Einleitung der Zwangsversteigerung nicht behindert gewesen, die Mietszinsen einzuziehen, und dem Kläger hätte vermöge seines Pfandrechts an dem Grundstücke kein Anspruch auf den erhobenen Betrag zugestanden. Der Umstand, daß der Konkurs eröffnet ist und daß der *Konkursverwalter* die Mieten erhoben, hat darin

zu Gunsten des Klägers nichts geändert. Vergl. §§ 3 Abs. 2, 5, 10, 107 ff. K.K.O. Der Kläger war durch das Konkursverfahren nicht behindert, die ihm nach preußischen Landesgesetzen als Hypothekengläubiger gegen die Masse zustehenden Rechte geltend zu machen. Er hat das aber nicht gethan, insbesondere die Beschlagnahme der Mieten nicht ausgebracht. Die Mieter konnten deshalb rechtsgültig ihre Verbindlichkeit durch Zahlung an den Verwalter erfüllen. Dieser hatte keine Verpflichtung, die Rechte der Realgläubiger wahrzunehmen. Er empfing vielmehr die Mietszinsen als zur Konkursmasse gehörige Vermögensstücke, und zwar für die Konkursmasse, nicht für die Absonderungsberechtigten. Eine besondere Masse, zu welcher er sie vereinnahmen konnte, gab es nicht. Dagegen erscheint die Konkursmasse berechtigt, die von dem Verwalter zu Unrecht an den Kläger als Hypothekengläubiger auf dessen Forderung gezahlten Mietszinsen zurückzufordern. Die Konkursmasse hat die condictio sine causa und die Anwendbarkeit des § 180, I. 16. A.L.R. auf Fälle dieser Art ist ausgeschlossen. Nr. 3806. Nr. 3994. Nr. 1943. Nr. 3924. Nr. 3926.

Nr. 1970. I. Sen. 6. November 1889. I. 221. 89. Bd. 25, Nr. 45, S. 218.

Voraussetzungen des Anspruches des Hypothekengläubigers auf Zahlung der Brandentschädigungsgelder gegen den Versicherer. (Preuß. R.). Die Haftung der Forderung des eingetragenen Eigentümers (aus dem von ihm in Bezug auf die Grundstücksgebäude abgeschlossenen Feuerversicherungsvertrage gegen den Versicherer) für die Hypotheken- und Grundschuldrechte, mit welchen das Grundstück belastet ist, entsteht zwar in dem Geltungsgebiete des E.E.G. vom 5. Mai 1872 gemäß § 30 dieses Gesetzes, sobald das Hypotheken- oder Grundschuldrecht im Grundbuche eingetragen und der Versicherungsvertrag abgeschlossen ist. Durch diese Haftung wird aber nicht auf einen Hypotheken- oder Grundschuldberechtigten das Recht des Versicherungsnehmers übertragen, die Zahlung der Brandversicherungsgelder von dem Versicherer zu beanspruchen. Hierzu bedarf der betreffende Hypothekar- oder Grundschuldberechtigte vielmehr eines Aktes, welcher gerade ihn zur Ausübung jenes vertragsmäßigen Anspruches legitimiert und den Versicherer verbindet, die Versicherungsvertragserfüllung nicht an seinen Gegenkontrahenten, sondern gerade an jenen betreffenden Hypotheken- oder Grundschuldberechtigten zu leisten. Die policemäßige Versicherungsbedingung, daß, im Falle der Entschädigungsanspruch durch Schuld des Versicherten verloren sei, der Versicherer die Entschädigung, soweit nötig, zur Befriedigung der auf dem Grundstücke, dessen Gebäude abgebrannt sind, eingetragenen Hypotheken- bezw. Realgläubiger gegen Cession ihrer Rechte verwende, ist aber nicht lediglich eine von dem Ermessen der Versicherungsgesellschaft abhängige Vergünstigung, sondern begründet einen Rechtsanspruch der Realgläubiger. Nr. 1946. Nr. 1116. Nr. 325. Die erst in der Berufungsinstanz versuchte Klagbegründung gemäß dieser policemäßigen Versicherungsbedingung ist indessen gegenüber der lediglich aus dem Vertragsrechte des Grundstückseigentümers in Verknüpfung mit § 30 E.E.G. hergeleiteten Klage eine nach § 489 C.P.O. unstatthafte Klagänderung. Der substituierte Anspruch, dessen Voraussetzung gerade das Erloschensein der Rechte des eingetragenen Eigentümers aus dem Versicherungsvertrage bildet, beruht lediglich auf einem Vertrage zu Gunsten der Hypothekengläubiger bezw. auf einem von einem Geschäftsführer ohne Auftrag für sie abgeschlossenen Vertrage.

Nr. 1971. III. Sen. 17. Juni 1884. III. 290. 83. Bd. 12, Nr. 41, S. 169.

Rückwirkung des E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Die Bestimmung des § 30 des preußischen E.E.G. vom 5. Mai 1872 bezüglich der Haftung der dem Eigentümer zufallenden Feuerversicherungsgelder für die Hypothek ist im vorliegenden Falle unanwendbar. Denn wenn auch das Gesetz vom 5. Mai 1872 durch das Gesetz vom 30. Mai 1873 in den Bezirk des vormaligen Justizsenats in Ehrenbreitstein eingeführt und das letztere am

1. Oktober 1873 in Kraft getreten ist, so kann doch der cit. § 30 nur für solche Hypotheken wirksam werden, die gemäß Gesetzes vom 5. Mai 1872 in das Grundbuch eingetragen sind. Die Bestimmungen in den §§ 30—33 des Gesetzes vom 5. Mai 1872, welche von dem Umfange des Hypotheken- und Grundschuldrechtes handeln, beziehen sich nur auf diejenigen Hypotheken und Grundschulden, welche gemäß dieses Gesetzes, mithin nach § 18 durch die Eintragung im Grundbuche enstanden sind. Für das hier fragliche Grundstück war aber zur Zeit der Eintragung der Hypothek ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt.

Nr. 1972. V. Sen. 22. Oktober 1890. V. 134. 90. Bd. 26, Nr. 66, S. 343.

Recht des Hypothekengläubigers bezüglich der einem Fabriketablissement als Substanzteile eingefügten Maschinen bei Eigentumsvorbehalt des Lieferanten. (Preuß. R.). Die Klägerin, welche dem Subhastaten die fragliche Mühleneinrichtung geliefert und daraus noch eine Restforderung hat, leitet ihr Vorrecht aus dem Eigentumsvorbehalte ab, den sie ausdrücklich mit suspensiver Wirkung bis zur Zahlung des vollen Preises bei Übernahme der Lieferung gemacht hat. Mit Unrecht bestreitet die Klägerin, daß die in Frage stehende Maschineneinrichtung, wenn sie als Substanzteil der Dampfschneidemühle aufgefaßt werden müßte, von den Hypothekenrechten des Beklagten ergriffen worden sei. Die Ansicht der Klägerin, daß dies durch ihren Eigentumsvorbehalt an den Maschinen ausgeschlossen werde, ist nach preußischem Rechte nicht begründet. Es handelt sich hier um den Fall eines Baues mit fremden Materialien; Eigentümer dieser bis dahin fremden Materialien wird nach den §§ 334, 335, I. 9 A.L.R. der Bauende durch die Thatsache der Verbauung, er bleibt auch ihr Eigentümer trotz einer eintretenden Trennung der Materialien von dem Bau. Der § 30 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 steht dem nicht entgegen. Die Hypothek ergreift neu hinzukommende Substanzteile des Grundstückes auch dann, wenn ein Anderer sich an den hinzugefügten Teilen das Eigentum vorbehalten hatte. Daß die streitige Maschineneinrichtung zur Substanz des dem Beklagten verpfändeten Grundstücks gehört hat, ist vom Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum festgestellt. Die Maschinen sind dann als Teile (§ 4, I. 2 A.L.R.), nicht als bloßes Zubehör (§§ 42 ff. a. a. O.) des Fabrikgrundstückes aufzufassen, wenn nicht bloß eine auf die Dauer berechnete mechanische Verbindung derselben mit dem Grundstücke hergestellt worden ist, sondern auch das Grundstück erst durch Einführung dieser Maschinen zu derjenigen Sache, zu der es bestimmt ist, nämlich zum Fabriketablissement geworden ist, und diese Eigenschaft wieder verlieren würde, wenn die Maschinen entfernt werden sollten. Nr. 92. Nr. 526. Daß diese Voraussetzung einer Einheit von Gebäude und Maschinen (nicht im Sinne einer sogen. universitas juris, sondern im Sinne eines zusammengesetzten physischen Ganzen) im vorliegenden Falle gegeben war, hat der Berufungsrichter thatsächlich festgestellt. Er nimmt mit Recht an, daß es für die Unterscheidung zwischen Substanzteilen und Pertinenzien nicht sowohl auf die Befestigungsart als auf den Zustand und die Bedeutung des Ganzen im Verkehre ankommt. (Vergl. § 80, I. 2 A.L.R.). Nr. 94.

Nr. 1973. II. Hilfs-Sen. 7. Juli 1881. V^a. 800. 80. Bd. 5, Nr. 80, S. 292.

Veräußerung stehender und hängender Früchte. Anfechtung durch die Hypothekengläubiger. §§ 30, 31 des Gesetzes vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Schon nach früherem Recht bestand ein Unterschied in Verfügungsbefugnis über abgesonderte und über künftige Früchte. Über abgesonderte konnte der Eigentümer so lange verfügen, als sie der Gläubiger noch nicht in gerichtlichen Beschlag genommen hatte (§ 476, I. 20. A.L.R.). Anders bei künftigen Früchten (§§ 477, 478 das.). Unter künftigen Früchten, im Gegensatz zu abgesonderten, sollen in Rücksicht auf den Hypothekengläubiger sowohl stehende und hängende als auch künftig erst entstehende Früchte verstanden sein.

Das A.L.R. schrieb nicht, wie bei abgesonderten Früchten, vor, daß das dingliche Recht im Falle der Veräußerung stehender und hängender Früchte durch Beschlagnahme erhalten werden müßte. Derselbe Unterschied ergiebt sich auch bei der gegenwärtigen Gesetzgebung. Die Veräußerung der auf dem Grundstücke noch vorhandenen abgesonderten dem Eigentümer gehörigen Früchte ist, wenn sie auch dem dinglichen Rechte des Hypotheken- oder Grundschuldgläubigers bis zur Veräußerung unterworfen sind, nicht verboten. Will daher der Gläubiger eine Veräußerung verhindern, so hat er hierzu nur das Mittel des Arrestes. Anders bei stehenden und hängenden Früchten. Sie sind dem dinglichen Rechte nach § 30 Abs. 3 a. a. O. unbedingt unterworfen, ohne die Einschränkung, daß sie dem Eigentümer des Grundstücks gehören müssen. Dieser darf sie zum Nachteil des Gläubigers nicht veräußern (§ 31 a. a. O.). Bei stehenden und hängenden Früchten wird also der Gläubiger gegen ihm nachteilige Verfügungen schon durch das Gesetz geschützt, so daß es einer Beschlagnahme (eines Arrestes) nicht bedarf und der Gläubiger sein dingliches Recht auf die Früchte, welche, als stehende und hängende veräußert waren, auch dann noch verfolgen kann, wenn sie auf Grund eines Veräußerungsvertrages von dem Erwerber 'abgesondert bezw. vom Grundstück weggeschafft waren, ohne daß zuvor eine Beschlagnahme derselben erfolgt ist, vorausgesetzt daß ihm die Veräußerung zum Nachteil gereicht.

Nr. 1974. Ferien-Sen. 28. Juli 1896. V. 206. 96. Bd. 37, Nr. 96, S. 356.

Verschlechterung eines Grundstücks im Sinne des § 50 des E.E.G. Sicherungsmaßregeln. (Preuß. R.). Die mit ihrem Ehemanne in getrennten Gütern lebende Beklagte besitzt das Gut M., das sie durch Vertrag vom 20. April 1895 von dem Mitkläger S. für 420000 Mk. gekauft und am 4. Mai 1895 aufgelassen erhalten hat. Auf den Antrag der drei Kläger als Hypothekengläubiger ist durch die einstweiligen Verfügungen des Landgerichts vom 21. und 23. Januar 1896 wegen Gefährdung der Sicherheit der Gläubiger die Zwangsverwaltung des Gutes angeordnet. Die Beklagte erhob Widerspruch; das Landgericht hat jedoch auf Bestätigung der einstweiligen Verfügungen erkannt und das Oberlandesgericht hat in dem jetzt angefochtenen Urteile die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Auch die Revision der Beklagten ist zurückgewiesen. Das Berufungsurteil beruht darauf, daß die Beklagte die Versicherung der Gebäude, des Inventars und der Vorräte unterlassen hat, nachdem der vom Vorbesitzer der Beklagten mit der Schlesischen Feuerversicherungsgesellschaft abgeschlossene bis zum 12. September 1899 laufende Versicherungsvertrag von der Gesellschaft zum 12. September 1895 wegen des eingetretenen Besitzwechsels aufgekündigt war. Das Berufungsgericht findet darin eine Verschlechterung des Grundstücks, die nach § 50 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 die Hypothekengläubiger zur Beantragung von Sicherungsmaßregeln bei dem Prozeßrichter berechtigt habe. Die Erheblichkeit der Verschlechterung und zugleich die Gefährdung der Sicherheit der Gläubiger wird daraus hergeleitet, daß infolge der Nichtversicherung bei einer Vernichtung der Gebäude, des Inventars und der Vorräte durch Brand der noch verbleibende Wert des Grund und Bodens die Forderungen der drei Kläger voraussichtlich nicht decken würde. Es wird festgestellt, daß die Beklagte nach Aufhebung des Vertrages mit der Schlesischen Feuerversicherungsgesellschaft eine anderweitige Versicherung in der Zeit vom 12. September 1895 bis zur Einleitung der Zwangsverwaltung trotz ihres angeblichen Bemühens nicht habe erlangen können und daß dies wie auch die Aufhebung jenes Vertrages durch die Schlesische Feuerversicherungsgesellschaft lediglich in den Personen der Beklagten und ihres Ehemannes seinen Grund habe. Solange diese sich auf dem Gute befunden hätten, sei auch nach Einleitung der Zwangsverwaltung eine Versicherung der Gebäude u. s. w. nicht zu erreichen gewesen, jetzt stehe, da die Eheleute inzwischen vom Gute entfernt worden seien, einer Versicherung durch den Verwalter ein Hindernis nicht mehr entgegen. Die Zwangsverwaltung sei danach das geeignete und notwendige Sicherungs-

mittel gewesen. Die Revision macht zunächst geltend, eine Verschlechterung des Grundstückes liege nicht vor, weil der bewegliche Beilaß kein Bestandteil des Grundstücks sei und weil davon abgesehen sich durch die Nichtversicherung der Gebäude u. s. w. in Bezug auf den räumlichen Umfang des Grundstücks und auf dessen Wert sich nichts verändert habe. Dies ist unrichtig. Unter „dem Grundstücke" versteht der § 50 E.E.G. nicht bloß den Grund und Boden, sondern das Pfandobjekt in dem Umfange, in welchem es nach den § 30ff. des E.E.G. den Hypothekengläubigern haftet. Vergl. Motive zum Entwurfe I des B.G.B. Bd. 3, S. 668, 669. Dazu gehören neben dem beweglichen Zubehör u. a. auch „die dem Eigentümer zufallenden Versicherungsgelder für Früchte, bewegliches Zubehör und abgebrannte oder durch Brand beschädigte Gebäude, wenn diese Gelder nicht statutenmäßig zur Wiederherstellung der Gebäude verwendet werden müssen". Der Gläubiger hat also ein Recht darauf, daß die Versicherungsgelder entweder zur Wiederherstellung der durch den Brand geschmälerten Sicherheit oder zu seiner Befriedigung verwendet werden. Mitverhaftet ist ihm danach die Forderung auf die Versicherungsgelder. Vergl. § 1110 des Entwurfes zum D.B.G.B. Wird die Versicherung aufgehoben, so verringert und verschlechtert sich dadurch das Pfandobjekt; mindestens muß dies für den hier vorliegenden Fall der Aufhebung des Versicherungsvertrages vor dessen Ablauf, also vor dem Zeitpunkte, bis wohin sich die Gläubiger gegen Brandschaden gesichert glauben konnten, angenommen werden. Unerheblich ist es, daß die Versicherungsgelder dem Gläubiger nicht neben den Gebäuden u. s. w., sondern nur an deren Stelle haften, wenn sie verbrennen. Ihre Haftung ist nicht einmal eine bedingte; bedingt ist nur der Anspruch auf die Versicherungssumme und in dieser Bedingtheit ist er dem Hypothekenrechte mit unterworfen. Die Revision erinnert ferner, daß der Zweck des § 50 des E.E.G. in der dem Hypothekengläubiger bestellten Sicherheit seine Grenze finde. Eine Verschlechterung des Grundstücks liege in der Unterlassung der Weiterversicherung für die Gläubiger höchstens dann, wenn die Gebäude u. s. w. schon zu der Zeit, wo die Sicherheit bestellt wurde, gegen Brand versichert waren. Die einstweiligen Verfügungen wären daher aufzuheben gewesen, weil die Kläger es an jeder Behauptung und Glaubhaftmachung in diesem Punkte hätten fehlen lassen. Es bedarf hier aber nicht der Entscheidung darüber, ob der Schuldner etwaige Verbesserungen des Grundstücks, die zugleich Verbesserungen der schon vorher bestellten Sicherheit sind, wieder fortzunehmen berechtigt ist und ob der obligatorische Anspruch der Gläubiger nicht auch auf Erhaltung solcher nachträglichen Erhöhung ihrer Sicherheit geht. Jedenfalls hätte die Beklagte ihr angebliches Recht, die Versicherung beliebig zu erneuern oder aufzuheben, in den Vorinstanzen darzuthun gehabt, denn daß in der Versicherung der Gebäude u. s. w. eine nachträgliche Verbesserung der den Gläubigern bestellten Sicherheit lag, ist keine zu vermutende Thatsache und mußte daher von der Beklagten erwiesen oder wenigstens glaubhaft gemacht werden. Sie hat in dieser Beziehung in den Vorinstanzen jedoch nichts vorgebracht. Auch sonst liegen rechtliche Bedenken gegen das Berufungsurteil nicht vor. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß unter den „erheblichen" Verschlechterungen des Grundstücks keine anderen zu verstehen seien als die durch den Zwischensatz bezeichneten, „durch welche die Sicherheit des Gläubigers gefährdet wird" ist zu billigen. Vergl. Entsch. des Obertribunals Bd. 76, S. 121. Die Annahme ferner, daß eine Gefährdung der Sicherheit des Gläubigers erst dann vorhanden sei, wenn infolge der Verschlechterung der Wert des Grundstückes unter die durch den Stand der Hypothek bezeichnete Grenze herabsinkt oder in Zukunft herabsinken könnte, kann Bedenken erregen, gereicht aber dem Beklagten nicht zum Nachteile. Endlich muß es zweifelhaft erscheinen, ob, wie das Berufungsgericht mit dem Obertribunal annimmt (Entsch. des Obertribunals Bd. 76, S. 120), selbst bei rein zufälligen Verschlechterungen des Grundstücks Sicherungsmaßregeln beantragt werden können. Hier handelt es sich indessen nicht um eine zufällige durch äußere Einflüsse herbeigeführte Verschlechterung. Diese ist vielmehr durch den Schuldner selbst

herbeigeführt und es liegt ein Fall vor, in dem durch eine den Schuldner in seiner Verwaltung beschränkende Maßregel zukünftigen Nachteilen für die Gläubiger vorgebeugt werden kann. Darauf, ob das Unterlassen der Versicherung auf ein Verschulden des Hypothekenschuldners zurückzuführen ist, kommt es nach § 50 a. a. O. nicht an.

Nr. 1975. III. Sen. 4. Mai 1886. III. 383. 85. Bd. 15, Nr. 50, S. 214.

Begriff des Zubehörs. Gewillkürte Pertinenzien. Maßgebendes Recht. (Gem. und preuß. R.). Der § 30 des preußischen E.E.G. vom 5. Mai 1872 hat einen einheitlichen Begriff dessen, was als Zubehör im Sinne dieses Paragraphen zu gelten hat, nicht aufgestellt, weshalb die Frage, ob die streitigen Mobiliarstücke als Zubehör des dem Kläger verpfändeten in Kurhessen belegenen Grundstückes anzusehen sind, nach gemeinem Recht beantwortet werden muß. Das römische Recht stellt in l. 17 § 7 Dig. de act. emti vend. 19, 1 einen allgemeinen Gesichtspunkt auf und erläutert ihn in Beispielen. Danach muß eine Sache, um Pertinenz einer anderen zu sein, die Bestimmung haben, dem Gebrauche der Letzteren für die in deren Natur gelegenen Zwecke zu dienen, diese Bestimmung muß eine dauernde und auch bereits realisiert sein. So wenig die Möbel eines Privatmannes oder die Bibliothek eines Gelehrten oder das Handwerkszeug eines Gewerbetreibenden Pertinenz des Hauses wird, in welchem die Eigentümer dieser Mobilien wohnen, ebensowenig kann jene Eigenschaft bei dem von einem Gasthofsbesitzer zur Beherbergung von Gästen angeschafften Hausgeräte eintreten. Der Ansicht, daß es neben den natürlichen bezw. gesetzlichen auch sogen. gewillkürte Pertinenzien gebe, bei denen das Vorhandensein der Pertinenzqualität lediglich vom Nachweise einer bestimmten hierauf gerichteten Absicht der Parteien abhänge, ist nach der Auffassung des römischen Rechts nicht beizutreten.

Nr. 1976. V. Sen. 23. April 1892. V. 356. 92. Bd. 29, Nr. 59, S. 238.

Nachweis der Benachteiligung eines Hypothekengläubigers, der eine Vorausverfügung über Mietzinsen auf mehr als ein Vierteljahr anficht. § 31 des E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Nach § 30 des E.E.G. unterliegen gleich den natürlichen Früchten des Pfandgrundstückes auch die Pacht- und Mietzinsen dem Hypotheken- und Grundschuldrechte. Diese Verhaftung dauert solange, als nicht über jene Nutzungen anderweit rechtsgültig verfügt ist. Mit der Aufhebung ihrer rechtlichen Verbindung mit dem Grundstücke erlischt auch bezüglich ihrer das Hypothekenrecht (vergl. § 476, I. 20 A.L.R.). Deshalb bedarf es zur Befestigung und Verwirklichung des Hypothekenrechts an den Nutzungen des Pfandgrundstückes einer Beschlagnahme, die in Ansehung der Pacht- und Mietzinsen mit Einleitung der Zwangsverwaltung (nicht mehr wie früher auch mit Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens) verbunden ist (§§ 16, 140 des Gesetzes vom 13. Juli 1883), aber auch durch Einzelpfändung bewirkt werden kann. Der freien Verfügung des Eigentümers über die Nutzungen des Pfandgrundstückes ist (ähnlich wie in den §§ 477 ff. I. 20 A.L.R.) durch den § 31 E.E.G. eine Schranke gesetzt, der in betreff der Pacht- und Mietzinsen bestimmt, daß deren Vorauserhebung, Abtretung und Verpfändung auf mehr als ein Vierteljahr, soweit sie zum Nachteile der eingetragenen Gläubiger gereicht, ohne Wirksamkeit ist. Was von freiwilliger Verfügung seitens des Eigentümers, gilt folgerichtig auch von einer gegen diesen im Wege des Arrestes oder der Zwangsvollstreckung von einem Dritten erwirkten Pfändung und Überweisung. Unzweifelhaft und unbestritten liegt hier eine Vorausverfügung im Sinne des § 31 a. a. O. vor, da die Miete für das vierte Quartal eingeklagt, die Pfändung aber, auf die der Kläger sein Klagrecht stützt, schon im zweiten Quartal 1890 erfolgt ist. Es kann nun ferner keinem Bedenken unterliegen, daß die Vorausverfügung nur von demjenigen Hypothekengläubiger gerügt werden kann, der durch sie benachteiligt ist, so daß es zur Begründung des Rechtsbehelfes aus § 31 a. a. O. nicht genügt, daß die Vorausverfügung zum Nachteile irgend eines Hypothekengläubigers oder Mehrerer gereicht. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt hiernach allein davon

ab, ob die vom Kläger erwirkte Pfändung der eingeklagten Mietsrate im Sinne des § 31 a. a. O. zum Nachteile der Gerichtskasse als eingetragener Gläubigerin gereicht. Das Berufungsgericht hat mit dem ersten Richter diese Frage bejaht. Die dagegen von der Revision des Klägers erhobenen Angriffe sind nicht begründet. Die Revision geht hierbei von der Ansicht aus, daß die Frage, ob eine Vorausverfügung im Sinne des § 31 a. a. O. zum Nachteile des sie anfechtenden Hypothekengläubigers gereicht, nur nach Maßgabe der Rangordnung der Eintragungen beantwortet und demgemäß eine Benachteiligung des Hypothekengläubigers dann nicht angenommen werden könne, wenn dieser, wie im vorliegenden Falle die Gerichtskasse, wegen der voreingetragenen Hypotheken keine Aussicht gehabt hat, seine Befriedigung aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung zu erlangen. Diese Ansicht ist rechtsirrtümlich. Die Anwendbarkeit des § 31 a. a. O. ist von dem Reichsgericht in einem früheren Urteile, wo es sich darum handelte, ob nach vollzogener Zwangsversteigerung und Kaufgelderverteilung ein ausgefallener Gläubiger zur Anfechtung der Vorauserhebung und nochmaligen Einforderung von Pachtgeld befugt sei, obwohl er auch unter Hinzurechnung der vorauserhobenen Pachtgelder nichts aus der Kaufgeldermasse erhalten haben würde, verneint, weil der anfechtende Gläubiger keinen Nachteil erlitten habe, zur Wahrnehmung der Interessen der zuerst ausgefallenen, voreingetragenen Gläubiger aber nicht legitimiert sei. Hier handelt es sich aber nicht um die Inanspruchnahme im voraus erhobenen oder gepfändeten Mietzinses aus dem Rechte des Hypothekengläubigers an der Kaufgeldermasse des subhastierten Grundstückes, sondern um die Kollision eines persönlichen und eines eingetragenen Gläubigers, die beide eine Mietzinsrate mittels Pfändung und Überweisung zum Zwecke ihrer Befriedigung in Anspruch genommen haben. Daß die Vorauspfändung der fraglichen Mietzinsrate durch den Kläger, falls sie der späteren Pfändung derselben Mietzinsrate durch die Gerichtskasse vorgehen würde, der Letzteren zum Nachteile gereicht, bedarf keiner Darlegung. Es kann sich nur fragen, ob dieser Nachteil die Gerichtskasse als Hypothekengläubigerin trifft. Diese Frage ist zu bejahen. Wie bereits bemerkt ist, kann das Hypothekenrecht an den Pacht- und Mietzinsen nicht bloß durch Antrag auf Zwangsverwaltung, sondern auch durch Pfändung der einzelnen Hebungen geltend gemacht werden. Der § 43 E.E.G. steht nicht entgegen. Mit der Pfändung der ihm verhafteten Pacht- und Mietzinsen giebt der voreingetragene Hypothekengläubiger sein Hypothekenrecht nicht auf; im Gegenteil, er verwirklicht es, indem er einen seinem Pfandrechte unterworfenen Gegenstand zu seiner Befriedigung in Anspruch nimmt. Tritt ihm hierbei ein bloß persönlicher Gläubiger des Grundeigentümers mit Erfolg entgegen, so wird dadurch der eingetragene Gläubiger in der Ausübung seines Hypothekenrechts gehindert, mithin in Beziehung auf das Letztere benachteiligt, worin nichts geändert wird, wenn, wie die Gerichtskasse, der eingetragene Gläubiger, zugleich persönlicher Gläubiger des Grundstücksbesitzers ist. Der Nachteil besteht eben darin, daß, gleichviel wie sich die eingetragene Hypothek zu den übrigen Hypotheken verhält, dem eingetragenen Gläubiger ein bereites Befriedigungsmittel entzogen wird. Ob die vorstehenden Hypothekengläubiger ihrerseits die Beschlagnahme künftiger Hebungen durch einen nachstehenden Hypothekengläubiger gemäß § 31 a. a. O. anfechten könnten, ist hier nicht zu erörtern. Jedenfalls brauchen sie es nicht zu thun und haben es im vorliegenden Falle nicht gethan, haben auch keine Anschlußpfändung erwirkt. Sie stehen daher in Ansehung der hier streitigen Mietsrate außer Konkurrenz und es steht dem Kläger nicht zu, aus ihrem Rechte einen Behelf zu entnehmen, um die Befugnis der Gerichtskasse zur Anfechtung der Vorausverfügung über die fragliche Mietsrate zu bestreiten. Nr. 1943.

Nr. 1977. V. Sen. 21. Januar 1891. V. 227. 90. Bd. 27, Nr. 58, S. 240.

Haftung unbeweglicher Zubehörstücke, die zur Zeit der Eintragung der Hypothek oder Grundschuld dem Hauptgute im Grundbuche nicht zugeschrieben waren, für eine

nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 5. Mai 1872 eingetragene Hypothek oder Grundschuld, wenn in jenem Zeitpunkte das Grundbuch noch nicht auf die Steuerbücher zurückgeführt war. (Preuß. R.). Nach früherem Recht, bei Anwendung des § 443, I. 20 A.L.R., unterschied die Praxis zwischen Substanzteilen und Pertinenzstücken. Unter dem ganzen Grundstücke im § 443 wurden alle Teile desselben verstanden, aus denen das Grundstück bei der ersten Anlegung des Hypothekenfoliums bestanden hatte und die von diesem bei der Eintragung der Hypothek noch nicht im Hypothekenbuche durch Abschreibung abgetrennt waren. In betreff der im Hypothekenbuche des Hauptgutes nicht ausdrücklich vermerkten Pertinenzstücke wurde dagegen angenommen, daß sie dem Gläubiger nicht haften, wenn sie vor der Eintragung der Hypothek von dem Grundstücke thatsächlich wie rechtlich getrennt waren. War das Pertinenzstück jedoch auf dem Hypothekenfolium des Hauptgutes ausdrücklich vermerkt oder war für dasselbe ein besonderes Hypothekenfolium angelegt, so trat selbstverständlich auch hier der Glaube des Hypothekenbuches in Wirkung: im ersten Falle konnte das Pertinenzstück nur durch Abschreibung vom Hauptgute der Haftung für später einzutragende Hypotheken entzogen werden, im anderen war es rechtlich zu einem selbständigen von dem Hauptgute unabhängigen Grundstücke geworden und wurde von den Eintragungen auf dem Blatte des Hauptgutes nicht mehr erfaßt. Vergl. §§ 448 ff. I. 20 A.L.R. Nach der Eintragung der Hypothek erworbene Pertinenzstücke waren dem Hypothekenrechte ohne Weiteres nicht unterworfen, sie traten in die Mithaftung nur infolge einer neuen Eintragung und nur von dieser Zeit an ein. Vergl. §§ 454, 455, 470, I. 20 A.L.R. Nach § 30 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 wird lediglich der Zeitpunkt ins Auge gefaßt, wo die Grundbücher auf die Steuerbücher zurückgeführt sein werden. Wie der Gesetzgeber sich den rechtlichen Zustand für die Zeit bis zur Zurückführung des Grundbuches auf die Steuerbücher vorgestellt hat, darüber geben die Motive keine Auskunft. Darf daran festgehalten werden, daß, wie die Motive besagen, die Unterscheidung zwischen Substanzteilen und Pertinenzstücken grundsätzlich aufgegeben ist, so ergiebt sich als Sinn des Satzes in § 30 a. a. O.: es haftet „das ganze Grundstück mit allen zur Zeit der Eintragung nicht abgeschriebenen Teilen" dahin, daß alle einzelnen Teile des Grundstücks ohne Rücksicht darauf, ob sie zu den Substanzteilen oder zu den Pertinenzstücken zu rechnen, haften, sofern sie nur nicht durch Abschreibung im Grundbuche von dem Grundstücke getrennt sind. Ist das Grundstück noch nicht nach den Steuerbüchern im Grundbuche festgestellt, sondern, wie es nach Anleitung des § 33 Tit. I der Hypothekenordnung von 1783 zu geschehen pflegte, nur allgemein nach Namen, Lage und etwaigen besonderen Kennzeichen bezeichnet, so haftet dasselbe in seinem ganzen thatsächlich vorhandenen Umfange, also mit den zur Zeit der Eintragung der Post thatsächlich und rechtlich dazu gehörigen Pertinenzstücken, soweit die letzteren in diesem Zeitpunkte nicht abgeschrieben waren. Ist so jene Bestimmung aufzufassen, dann kann nicht im Widerspruche damit der ferneren Bestimmung, wonach die zugeschriebenen Zubehörstücke (Pertinenzien) haften, die Bedeutung beigelegt werden, daß ein Teil des Grundstücks, wenn er Zubehörstück ist, auch in dem Falle, daß das Grundstück noch nicht auf die Steuerbücher zurückgeführt ist, nur dann hafte, wenn er zugeschrieben worden. Vielmehr muß angenommen werden, daß damit nur für den anderen Fall, wo das Grundstück bereits im Grundbuche durch Angabe der Größe seinem Umfange nach und durch die Verweisung auf die Steuerbücher in seinen Teilen festgestellt worden, die erfolgte Zuschreibung zur Voraussetzung des Eintrittes des Zubehörstückes in die Pfandhaftung gemacht ist. Demnach beschränkt sich die Anwendung jener weiteren Bestimmung hinsichtlich der noch nicht auf die Steuerbücher zurückgeführten Grundbuchblätter auf den im § 32 des E.E.G. besonders und abweichend vom früheren Rechte geordneten Fall, daß dem Grundstücke erst nach Eintragung der Post unbewegliche Zubehörstücke aus fremdem Eigentum hinzugefügt werden. Hiernach ist die streitige Wiese, die vor langer Zeit dem städtischen Haus-

grundstücke als unveräußerliches Pertinenzstück (als sogen. Hauswiese) bei Verteilung der städtischen Wiesen zugelegt, die auch stets mit dem Hausgrundstücke zusammen veräußert, aber weder auf dem Titel des Hausgrundstücks jemals vermerkt noch auf einem besonderen Grundbuchblatte eingetragen worden und in der Grundsteuermutterrolle von jeher gesondert vom Hause ohne Angabe eines Grundbuchblattes vermerkt war, in die Mithaftung für die auf das Hausgrundstück eingetragene Grundschuld eingetragen, weil sie im Zeitpunkte der Eintragung der Grundschuld als Pertinenz zu dem Hausgrundstück gehörte. Möchte es aber bedenklich erscheinen, den Wegfall der Unterscheidung zwischen Substanzteilen und Pertinenzstücken, der in den Motiven allerdings nur unter der Voraussetzung in Aussicht genommen zu sein scheint, daß das Grundbuch in gleicher Weise sowohl die Parzellen als die Pertinenzien nachweist, auch für die Fälle in § 30 des E.E.G. ausgesprochen zu finden, in denen das Grundbuch noch nicht auf die Steuerbücher zurückgeführt ist, so führt doch auch folgende Erwägung zu dem gewonnenen Ergebnisse. Die Wiese war zu der Zeit, als das Hausgrundstück im Hypothekenbuche eingetragen wurde, mit dem Hause als Pertinenz, sei es unveräußerlich oder trennbar, verbunden. Nach § 394, I. 20 A.L.R. und §§ 12, 34 Tit. I der Hypothekenordnung von 1783 erhielt sie deshalb weder eine besondere Nummer (Folium) im Hypothekenbuche noch wurde sie darin beim Hausgrundstücke besonders vermerkt. Mit der Eintragung des Hausgrundstückes im Hypothekenbuche war somit auch die Wiese als dessen Pertinenz darin eingetragen, wenn auch auf dem Titelblatte deren Zugehörigkeit zum Hause nicht ersichtlich gemacht war, und sie blieb so lange eingetragen, als sie rechtlich und thatsächlich Pertinenz des Hausgrundstücks war. Hierin trat mit dem Inkrafttreten der Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872 ohne Weiteres eine Änderung nicht ein. Nach wie vor umfaßt das Grundbuchblatt eines Grundstückes dessen Bestandteile, unbewegliche Zubehörstücke und Gerechtigkeiten (§ 5 der G.B.O.). Eine Änderung konnte, abgesehen von der nicht erfolgten Abschreibung, erst dann eintreten, wenn das Grundbuchblatt gemäß § 4 der G.B.O. und der Ausführungsverfügung vom 2. September 1872 auf die Steuerbücher zurückgeführt und dadurch das Hausgrundstück seinem Umfange nach individualisiert und spezialisiert wurde. Dies ist jedoch bis zur Eintragung der fraglichen Grundschuld nicht geschehen; in dem ausgefertigten Grundschuldbriefe ist unter der Rubrik „Bestandteile des Grundstückes" in Befolgung des Art. 7 Abs. 2 der Ausführungsverfügung vom 2. September 1872 ausdrücklich vermerkt: „Das Grundbuch ist nach dem Steuerbuche noch nicht berichtigt." Zur Zeit der Eintragung der Grundschuld umfaßte hiernach das Grundbuchblatt über das Hausgrundstück auch die als Pertinenz dazu gehörige Wiese.

Nr. 1978. II. Hilfs-Sen. 3. April 1882. V^{a}. 197. 81. Bd. 7, Nr. 61, S. 200.

Einreden gegen die Korrealhypothek. (Preuß. R.). Der Eigentümer des für eine Korrealhypothek mitverhafteten Grundstücks kann dem auf einem der anderen mitverpfändeten Grundstücke hinter der Korrealhypothek eingetragenen und bei der Subhastation des letzteren ausgefallenen Gläubiger, der den ihm nach § 56 Nr. 3 der älteren Fassung der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 und Art. V des Gesetzes vom 12. März 1869 überwiesenen Anspruch geltend macht, die ihm sonst gesetzlich zustehenden Einwendungen gegen die Hypothek entgegensetzen.

Nr. 1979. V. Sen. 12. Mai 1886. V. 104. 86. Bd. 16, Nr. 37, S. 164.

Geltendmachung der Korrealhypothek im Zwangsversteigerungsverfahren. Betrug. (Preuß. R.). Die Vorschrift des § 42 Abs. 2 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 bezieht sich nur auf den Fall, wenn eine Befriedigung aus den Kaufgeldern eines subhastierten Grundstücks erfolgt ist. Nr. 1994. Im vorliegenden Falle steht aber die Kontroverse über den Bereich jener Vorschrift nach dieser Richtung hin nicht in Frage. Auf dem Gesamtgrundstücke des A. stand für B. eine Hypothek eingetragen, welche, als

A. davon eine Parzelle veräußerte, ungeteilt auf diese übertragen wurde. Das Eigentum der letzteren ging demnächst durch Zuschlagsurteil in notwendiger Subhastation auf C. über, dieser ließ sich von B. die Hypothek gegen Zahlung der Valuta cedieren und verzichtete auf Befriedigung aus den Kaufgeldern, wodurch bewirkt wurde, daß er mit eigenen eingetragenen Hypotheken, die sonst ausgefallen wären, zur Hebung gelangte. Als die Befriedigung des B. durch C. erfolgte, war C. mit dem Grundstücke, welches er erstanden hatte, nicht für die Korrealhypothek verhaftet. Die Befriedigung ist also nicht aus dem Grundstücke gewährt. Dem C. stand daher das in § 42 Abs. 1 des E.E.G. gegebene Recht zu, welches auch im Falle der Subhastation eines der verpfändeten Grundstücke ausgeübt werden durfte. Sonach fällt die auf Einwilligung des C. in die Löschung der auf dem Restgrundstücke noch eingetragenen Hypothek gerichtete Klage des A., soweit sie die Vorschrift des § 42 Abs. 2 a. a. O. für sich verwerten will. Ebenso wenig ist das Fundament des arglistigen Verhaltens des C. gegeben (§§ 94 Einl. §§ 36, 37, I. 6 A.L.R.). Die Vorschrift des § 86, I. 4 A.L.R. kann, mag man ihren Kreis für die Personen der Entschädigungsberechtigten noch so weit greifen und selbst eine Absicht des Betrügers, die Anderen zu beschädigen, dabei nicht für notwendig halten, doch jedenfalls nur dann Anwendung finden, wenn durch den Betrug, außer denjenigen, gegen welchen er verübt worden, noch ein anderer einen Schaden erleidet, d. h. etwas vorliegt, worauf er einen Rechtsanspruch hatte. Daß im gegebenen Falle der Kläger ein Recht gehabt habe, von seinem früheren Gläubiger B. zu verlangen, Bezahlung aus den Kaufgeldern zu nehmen, hat der Kläger nicht behauptet, sondern nur, daß dies wegen des freundschaftlichen Verhältnisses zwischen ihnen mit Sicherheit vorauszusetzen gewesen wäre. Ein solcher von dem bloßen Wohlwollen eines Anderen d. i. von einem willkürlichen, jederzeit veränderlichen Belieben abhängiger Vermögensvorteil entzieht sich jeder Schätzung. Sein Wegfall bietet daher nach keiner Richtung die rechtliche Grundlage eines Schadensanspruches. Nr. 3820.

Nr. 1980. V. Sen. 2. Oktober 1886. V. 140. 86. Bd. 16, Nr. 57, S. 244.

Wirkung des Verzichts auf das einer Hypothek zustehende Vorrecht. (Preuß. R.). Eine Entsagung des Pfandrechts enthält nicht einen Verzicht auf die Forderung. Nr. 1948. Was aber von einem Verzichte auf das ganze Recht gilt, das muß noch mehr von dem Verzichte auf ein Vorrecht, welcher infolge der Prioritätscession eintritt, gelten. — In der preußischen Praxis ist überwiegend an dem Grundsatze festgehalten, daß die Prioritätscession zwischen dem Cedenten und dem Cessionar nur obligatorische Wirkungen erzeugt, welche jedoch durch die Eintragung für den dritten Inhaber der Forderung bindend werden (§ 498, I. 20 A.L.R.). Zweifel bestehen allerdings über den Inhalt der Obligation. Das Reichsgericht hat angenommen, daß die Obligation nicht in einem Austausche der beiderseitigen Forderungen mit der Wirkung besteht, daß die vortretende Hypothek an die Stelle der zurücktretenden gesetzt wird. Die Praxis hat vielmehr mit Recht an dem Grundsatze festgehalten, daß die Löschung der zurücktretenden Hypothek auch ohne Zustimmung des vortretenden Gläubigers erfolgen kann und daß in solchem Falle die Zwischenhypotheken aufrücken. Ebensowenig besteht der Inhalt der Obligation in einer Verpflichtung des Prioritätscedenten, das bei der Kaufgelderverteilung auf ihn fallende Percipiendum an den Cessionar auszuzahlen. Die Rechtswirkung der Vorrechtseinräumung geht vielmehr dahin, daß bei einer Kollision beider Pfandrechte der Zurücktretende den Vorrang seiner Hypothek nicht geltend machen darf, daß also die Schranke, welche das Pfandrecht des Zurücktretenden für die Ausübung desjenigen des Vortretenden bildete, fortfällt und daß der Vortretende befugt wird, sein an sich gültig bleibendes Pfandrecht an der Stelle des Zurücktretenden geltend zu machen. Schwierigkeiten bietet das Verhältnis der Zwischenhypotheken zu der vortretenden Hypothek. Das relativ bessere Recht der ersteren bleibt dabei jedoch unberührt. Man muß annehmen, daß sie in demselben Umfange, wie sie früher durch

die Hypothek des Zurücktretenden beschränkt wurden, infolge der Prioritätscession durch den vortretenden Gläubiger zurückgedrängt werden. Nr. 1995. Nr. 1948. Nr. 2236. Nr. 4255.

b) Landschaftliche Kreditvereine. Pfandbriefe.

Nr. 1981. III. Hilfs-Sen. 25. Februar 1880. V[b.] 136. 79. Bd. 1, Nr. 132, S. 368.

Rechtliche Natur des „eigentümlichen Fonds" der alten Posener Landschaft. (Preuß. R.). Der „eigentümliche Fonds" (§§ 124 ff. der Kreditordnung für die Posener Landschaft vom 15. Dezember 1821) und insbesondere die Gesamtheit derjenigen Überschüsse desselben, welche nach vollendeter planmäßiger Tilgung der gesamten Pfandbriefsschuld und der damit im Zusammenhange stehenden Auflösung des durch die Kreditordnung gegründeten Vereines der zum Kreditverein verbundenen Gutsbesitzer übrig geblieben waren, gehörte zum Vermögen dieses Vereines. Diese Überschüsse waren unter den Mitgliedern d. h. unter den zeitigen Besitzern der bepfandbrieft gewesenen Güter zur Verteilung zu bringen. Die daraus hervorgehenden Einzelansprüche auf diese Überschüsse sind als subjektiv dingliche Rechte im Sinne des § 125, I. 2 A.L.R. zu beurteilen und gewinnen eben dadurch die rechtliche Bedeutung von Zubehörungen der einzelnen beteiligten Güter. Auf die nach planmäßiger Tilgung der Pfandbriefsschuld auf ein Gut entfallende Anteilsrate der erwähnten Überschüsse hat daher allein derjenige Besitzer Anspruch, welcher sich zur Zeit der Ausschüttung im Besitze des Gutes befindet, nicht derjenige, welcher zur Zeit der Auflösung des Vereins oder zu einer früheren Zeit Besitzer war.

Nr. 1982. III. Hilfs-Sen. 17. April 1880. V[b.] 92. 79. Bd. 1, Nr. 141, S. 398.

„Eigentümlicher Fonds" der alten Posener Landschaft. (Preuß. R.). Der als alte Posener Landschaft bezeichnete Kreditverein bildete nach § 25, II. 6 A.L.R. eine Korporation, deren Mitgliedschaft subjektiv und objektiv einen dinglichen Charakter hatte. Der „eigentümliche Fonds" war Eigentum dieser Korporation. Die einzelnen Mitglieder konnten erst durch die Auflösung der Korporation ein Miteigentum an den alsdann vorhandenen Überschüssen ihres Fonds erwerben. Bis dahin hatte also jedes Mitglied nur die rechtliche Aussicht oder ein gesetzliches Anrecht auf den künftigen Erwerb dieses Miteigentums. Da das Recht der Mitgliedschaft des Vereines untrennbar an den beteiligten Gütern haftete, das fragliche Anrecht aber nur einen einzelnen Bestandteil dieses Mitgliedsschaftsrechts bildete, so war vor der Auflösung des Vereines die Übertragung des Anrechts auf Nichtbesitzer durch Vertrag ausgeschlossen; dagegen war auch vor dessen Auflösung einem Mitgliede die im voraus erfolgende Übertragung seines künftigen Miteigentums an dem Fonds nicht zu versagen, die Wirksamkeit einer hierauf gerichteten Willenserklärung jedoch nur eine hypothetische, nämlich dadurch bedingt, daß dies Miteigentum ohne jene Erklärung dem Übertragenden selbst wirklich zugefallen sein würde. Nach Auflösung des Vereins ist die Übertragbarkeit des dann wirklich erworbenen Miteigentums an dem bisherigen Fonds und seine Trennbarkeit von dem berechtigten Gute unbedenklich.

Nr. 1983. V. Sen. 16. November 1887. V. 203. 87. Bd. 20, Nr. 50, S. 220.

Erkennbarkeit der Haftung des für ein Pfandbriefsdarlehen verpfändeten Grundstücks in Bezug auf ein dem Schuldner zur Ausgleichung der Kursdifferenz bewilligtes Zuschußdarlehen. (Preuß. R.). Abgesehen von den in den §§ 76, 77 der G.B.O. angegebenen Ausnahmen (betreffend Altenteil und Rentenpflichtigkeit) gilt für die unter der Herrschaft der Grundbuchgesetze von 1872 erfolgten Eintragungen von Hypotheken und Grundschulden die Regel, daß das verpfändete Grundstück für eine Kapitalforderung nur dann haftet, wenn sie im Grundbuche eingetragen ist, und das Kapital gilt nur dann als eingetragen, wenn die Eintragung zu einem bestimmten Betrage erfolgt ist (§§ 23, 24, 30 des E.E.G. vom 5. Mai 1872). Die Verweisung

auf vertragsmäßige oder gesetzliche Bestimmungen in dem Eintragungsvermerke entspricht nicht dem Grundsatze der Spezialisierung und ersetzt nicht das im § 23 a. a. O. für die Eintragung vorgeschriebene Erfordernis. Das sogen. Zuschußdarlehen ist ein selbständiges von der Pfandbriefschuld unabhängiges Darlehen; es steht rein auf dem Boden des Darlehensvertrages, ohne von der Tendenz der Kreditvermittelung beeinflußt zu sein. Dieser rechtlichen Natur des Zuschußdarlehens entspricht es, daß einzelne Kreditinstitute (z. B. die pommersche und die schlesische Landschaft) sich wegen ihrer Forderung aus demselben durch eine besondere hinter der Pfandbriefschuld einzutragende Hypothek decken. Das hier maßgebende Regulativ für das kur- und neumärkische Kreditinstitut vom 15. März 1858 bestimmt in § 8, daß dem Darlehensnehmer, wenn der Kurs der Pfandbriefe unter pari steht, zur völligen oder teilweisen Ausgleichung der Differenz zwischen dem Kurs- und dem Nennwerte ein barer Zuschuß gegeben werden kann. Das Pfandbriefdarlehen umfaßt also den etwa gegebenen Zuschuß nicht mit, und die Eintragung des ersteren unter Bezugnahme auf das Regulativ oder das Statut macht es nicht erkennbar, daß das Grundstück für ein Zuschußdarlehen haftet. Die Vorschrift des § 47 der G.B.O. betrifft nur das Verfahren bei der Eintragung und Löschung von Pfandbriefdarlehen, erhält aber keineswegs die etwa in den einzelnen Reglements getroffenen von den Bestimmungen der Grundbuchgesetze über den Umfang und die rechtliche Wirkung der Eintragungen abweichenden Bestimmungen aufrecht. Nr. 1963. Hiernach lasteten die Zuschußdarlehne nicht als dingliche Schuld auf dem versteigerten vom Kläger erstandenen Gute und sind sie auch auf den Kläger nicht dadurch übergegangen, daß er als Ersteher (durch den Zuschlagsbescheid gemäß den Versteigerungsbedingungen) die Pfandbriefschuld mit den bedungenen Zins- und Amortisationszahlungen übernommen hat. Nr. 2036.

Nr. 1984. II. Hilfs-Sen. 31. März 1881. V^a. 157. 80. Bd. 4, Nr. 87, S. 337.

Westpreußische Landschaft. Konkursprivilegien, Umfang, Cessibilität. (Preuß. R.). Nach den in §§ 402—404, I. 11 A.L.R. ausgesprochenen allgemeinen Grundsätzen muß die Cession der Konkursprivilegien der Landschaft für zulässig und gleichzeitig angenommen werden, daß dieselbe auch ohne besondere und ausdrückliche Abtretung durch die Cession der Forderung, mit der sie verbunden sind, auf den Cessionar übergehen. Dem stehen auch die über die Vorrechte der Landschaft ergangenen besonderen Gesetze nicht entgegen. Hiernach muß der Beklagte als Cessionar der Landschaft für befugt angesehen werden, in der Subhastation des Gutes das Konkursprivilegium der letzteren, ebenso wie diese selbst, geltend zu machen und daher seine Befriedigung wegen der ihm cedierten Forderung aus den Kaufgeldern an der Stelle der Pfandbriefspost, deren Zinsen ihm abgetreten sind, zu verlangen. Diese Befugnis erstreckt sich auch auf die Verzugszinsen und die Kosten. Denn der Anspruch auf Zahlung der ersteren und auf Erstattung der letzteren sind Nebenrechte der ihm cedierten Forderung und deshalb nach § 402, I. 11 A.L.R. zugleich mit dieser auf ihn übergegangen. § 54 Nr. 3 der K.K.O. vom 8. Mai 1855; § 60 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869.

Nr. 1985. II. Hilfs-Sen. 20. September 1880. V^a. 435. 79. Bd. 3, Nr. 63, S. 221.

Schlesische Landschaften. Rechtsweg. (Preuß. R.). Ein Privilegium der schlesischen Landschaften des Inhalts, daß ihre Liquidate im Subhastationsverfahren eitens Dritter im Prozeßwege nicht angefochten werden könnten, besteht nicht und hat niemals bestanden. — Die Grundsätze von der Eigentümerhypothek, §§ 63—66 des Gesetzes über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872 finden auf die Pfandbriefe bezüglich des Amortisationsfonds der schlesischen Landschaften keine Anwendung. Nach den landschaftlichen Reglements, die Kontraktgesetz zwischen den Beteiligten, also zwischen der Landschaft und dem Besitzer des bepfandbrieften Gutes sind, wirkt die Ansammlung des Amortisationsfonds nicht von selbst eine Tilgung der Pfand-

briefsschuld in Höhe des Fonds. Vielmehr besteht letzterer als ein selbständiges Aktivum des Gutsbesitzers, wogegen die Pfandbriefsschuld in voller Höhe solange bestehen bleibt, bis der Betrag des Fonds der Pfandbriefsschuld gleichkommt und auf Verlangen des Schuldners der Pfandbriefsbestand zur Abstoßung der Pfandbriefsschuld verwendet ist oder bis eine Aufrechnung stattgefunden hat. Eine Cession des Anspruches auf den Amortisationsfonds seitens des Gutsbesitzers ist ausgeschlossen. Denkbar ist nur eine Cession seitens der Landschaft, nämlich eine Cession des Pfandbriefsdarlehens, die bei Ansammlung des Amortisationsfonds bis zu gewisser Höhe vorgesehen ist. Bei solcher Cession erhält der Gutsbesitzer das Verfügungsrecht, nicht aber über den Amortisationsfonds, sondern über denjenigen Teil des Pfandbriefdarlehens, welcher cediert ist.

c) Erwerb, Verlust, Abtretung.

Nr. 1986. V. Sen. 30. September 1891. V. 119. 91. Bd. 28, Nr. 65, S. 294.

Bestellung einer Hypothek auf dem Grundstücke des Erblassers durch den Testamentsvollstrecker. Konvalescenz der Hypothek. Einrede der Arglist. (Preuß. R.). Die Frage, ob der Testamentsvollstrecker befugt ist, ein zum Nachlasse gehöriges Grundstück rechtsgültig zu belasten, während noch der Erblasser als Eigentümer eingetragen ist (§§ 5, 19 E.E.G. vom 5. Mai 1872), ist in Theorie und Praxis verschieden beantwortet worden. Der Berufungsrichter hat die Frage mit Recht verneint. Die Eintragung einer Hypothek kann nur auf Grund der Einwilligung des eingetragenen Eigentümers oder gegen diesen erfolgen (§ 19 a. a. O.). Sie kann also nicht erfolgen, wenn und solange es an einem eingetragenen Eigentümer fehlt. Dieser Zustand tritt ein infolge Erbganges, solange der Erbe sich nicht als Eigentümer hat eintragen lassen. Denn in diesem Falle ist der Erbe Eigentümer, aber als solcher nicht eingetragen; dagegen ist zwar der Erblasser noch als Eigentümer eingetragen, er kann aber keine Hypothek mehr bewilligen (§§ 367, 368, I. 9 A.L.R.). An dieser Rechtsfrage wird durch die Bestellung eines Testamentsvollstreckers nichts geändert. Wenn er nach preußischem Rechte auch als Bevollmächtigter des Erblassers anzusehen ist (§ 557, I. 12 A.L.R), so ist er doch nicht dessen Vertreter; denn eine nicht existierende Rechtspersönlichkeit kann nicht vertreten werden; und wenn man den Testamentsvollstrecker auch als Vertreter des Nachlasses bezeichnen will, so ist er als solcher doch nur Vertreter des Erben, dem der Nachlaß gehört. Eine hereditas jacens im Sinne des römischen Rechts ist im preußischen Recht durch die §§ 367 ff. I. 9 A.L.R. ausgeschlossen ebenso wie die Fiktion einer Fortdauer der Rechtspersönlichkeit des Erblassers in der Funktion des Testamentsvollstreckers. Die hiernach zu Unrecht erfolgte Eintragung der Hypothek ist auch nicht durch die nachträgliche Eintragung der Erben als Eigentümer des verpfändeten Grundstücks konvalesciert. Das Urteil im Falle Nr. 1991 verhält sich nicht über die vorliegende Frage. Dort war die Hypothek nicht vor Eintragung des Eigentums des Verpfänders, sondern gleichzeitig mit dieser Eintragung, also nicht gegenüber einem nicht eingetragenen Eigentümer zur Eintragung gelangt. Die Frage der fortdauernden Anwendbarkeit der §§ 16, 406, I. 20 A.L.R. im Bereiche des Immobilienpfandrechts ist eine kontroverse. Die herrschende Meinung verneint die Konvalescenz. Die Frage braucht hier aber nicht im ganzen Umfange erörtert und entschieden zu werden. Hier handelt es sich nur um die Frage der Konvalescenz einer gegen den nicht eingetragenen Eigentümer erfolgten Eintragung. Die Zulassung einer solchen Konvalescenz würde aber nach den Prinzipien des Grundbuchrechts selbst dann versagt werden müssen, wenn man für die materiellrechtliche Verpfändungserklärung dem Konvalescenzprinzipe aus den §§ 16, 406, I. 20 A.L.R. Raum geben wollte. Die Vorschrift des § 19 Nr. 1 E.E.G. gehört dem formalen Grundbuchrechte an, das seine Quelle allein in den Gesetzen vom 5. Mai 1872 hat und aus den materiellrechtlichen Grundsätzen des A.L.R. nicht ergänzt oder modifiziert werden darf. Nach dem gegenwärtigen Grundbuchrechte ist der Grundsatz, daß die Eintragung einer Hypothek oder eines anderen dinglichen

Rechts nur gegen den eingetragenen oder seine Eintragung gleichzeitig erlangenden Eigentümer erfolgen kann (§§ 13, 19 E.E.G.), ein absolut zwingender. Eine diesem Grundsatze zuwider erfolgte Eintragung ist keine bloß „ordnungswidrige" (wie § 408, I. 20 A.L.R. die anticipierte Eintragung einer Hypothek bezeichnet), sondern sie entbehrt der gesetzlichen Grundlage und ist deshalb als nicht geschehen, als nichtig zu erachten. Verschieden aber von der Frage der Konvalescenz einer illegal eingetragenen Hypothek ist die Frage, ob der Widersprechende in der Lage ist, das Nichtbestehen des Realrechts gegenüber dem Gläubiger geltend zu machen. Es kommt hierbei auf das zwischen den Beteiligten etwa bestehende obligatorische Verhältnis an. Ist danach der Widersprechende zur Gewährung des von ihm bestrittenen Pfandrechts dem anderen Teile persönlich verpflichtet, so verletzt er diese persönliche Verpflichtung und handelt arglistig, wenn er die Existenz des von ihm selbst oder sonst für ihn verbindlich versprochenen und (formell ungültig) bestellten Pfandrechts bestreitet und demgemäß im Verteilungsverfahren den auf die Hypothek entfallenden Kaufgelderteil für sich in Anspruch nimmt.

Nr. 1987. II. Hilfs-Sen. 3. März 1881. V^a. 451. 80. Bd. 4, Nr. 73, S. 265.

Wirkung einer im Wege des Arrestverfahrens für eine persönliche Forderung zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung einer Hypothek im Grundbuche eingetragenen Vormerkung. (Preuß. R.). Die Vormerkung aus § 22 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 hat die Bedeutung der alten protestatio pro conservando jure et loco. Diese diente zur Sicherung eines streitigen Realrechts. Die Vormerkung sichert das bestehende Recht zur Sache dahin, daß dieses Recht später verwirklicht werde und daß, sobald die Existenz des Rechts zur Sache festgestellt ist, dies bereits vorhandene Recht als ein bestehendes dingliches Recht anerkannt wird. Der Arrest (die Arrestprotestation) dagegen ist nach seiner Natur und Wirkung aus den in den §§ 81, 83, 87, I. 29 A.G.O. enthaltenen Vorschriften zu beurteilen. Der Arrestat kann zum Nachteil des Arrestanten von der Arrestanlegung an, also künftig über das Grundstück nicht durch Verpfändung verfügen. Die gleichwohl eingetragene anderweite Hypothek ist nur gegenüber dem Arrestanten, wenn er dadurch beeinträchtigt ist, also nur relativ und bedingungsweise ungültig. Die Wirkung des Arrestes ist also schon so weit eine rein negative, aber nach der anderen Seite hin eine weitergehende als die der Vormerkung. Denn, wenn der Arrestat das Grundstück veräußert, so ist selbst die Veräußerung in Ansehung des Arrestanten nichtig. Danach hat die Arrestprotestation nicht eine geringere, sondern sachlich eine ganz andere Wirkung wie die Vormerkung nach § 22 a. a. O. Im vorliegenden Falle ist für den Kläger eine Vormerkung nach § 22 a. a. O., kein Arrest eingetragen. Eine Mietsforderung, wie sie dem klägerischen Anspruche zu Grunde liegt, ist nicht an sich mit einem Pfandrechte versehen. Die betreffs ihrer eingetragene Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung einer Hypothek ist daher zu Unrecht eingetragen. Durch die zu Unrecht erfolgte Eintragung konnte ein Titel zur Hypothek ebensowenig wie eine bedingte Hypothek geschaffen werden. Der Beklagte ist hinter der Vormerkung als Hypothekengläubiger eingetragen. Soweit er durch das Liquidat aus der Vormerkung einen Ausfall erleidet, ist er befugt, das vom Kläger beanspruchte Realrecht zu bestreiten (§§ 70, 73 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869).

Nr. 1988. VI. Sen. 5. November 1891. VI. 118. 91. Bd. 28, Nr. 74, S. 335.

Haftung der altländischen preußischen landschaftlichen Kreditverbände für Versehen ihrer Direktionen bei Ausstellung von Unschädlichkeitsattesten. (Preuß. R.). Das Berufungsgericht stützt seine Entscheidung darauf, daß eine juristische Person den aus dem Verschulden ihres Willensorganes innerhalb des Kreises seiner amtlichen Zuständigkeit entstandenen Schaden zu vertreten habe, und verweist dabei auf die Urteile des Reichsgerichts in den Fällen Nr. 75. Nr. 1440. Nr. 76. Die Ausstellung der

Unschädlichkeitsatteste ist aber nicht die Ausübung einer Funktion der Direktion in Vertretung und im Interesse der Landschaft, sondern die Ausübung einer vom Staate ihr im öffentlichen Interesse delegierten behördlichen Funktion. Die Unschädlichkeitsatteste werden nach dem Gesetz vom 3. März 1850 ausgestellt, um die Abveräußerung kleiner Parzellen ohne Einwilligung der Realinteressenten zu ermöglichen. Den Kreditdirektionen ist bei landschaftlich beliehenen, den Auseinandersetzungsbehörden bei den anderen Grundstücken zur Pflicht gemacht, zu prüfen, ob die Abveräußerung solcher Parzellen ohne Beeinträchtigung der Realberechtigten vorgenommen werden könne, wenn die im Vertrage ausbedungene Rente oder das festgesetzte Kaufgeld an die Stelle tritt, und hierüber ein Zeugnis auszustellen. Es handelt sich hierbei also nicht um die Verwaltung der Angelegenheiten des landschaftlichen Kreditverbandes, sondern um die Sicherung der Interessen Dritter, der Realberechtigten. Ebenso wie die Auseinandersetzungsbehörden bei nicht landschaftlich beliehenen Gütern, handeln die Kreditdirektionen, wenn sie die fraglichen Atteste ausstellen, als öffentliche Behörden. Diese Auffassung wird durch die geschichtliche Entwickelung unterstützt. Vergl. § 5 des Landeskulturedikts vom 9. Oktober 1807. Hiernach fragt es sich vielmehr, ob die Landschaft für einen Schaden aufzukommen hat, der durch ein Versehen der Landschaftsdirektion bei der Ausübung der ihr übertragenen öffentlichrechtlichen oder obrigkeitlichen Befugnisse herbeigeführt ist. Nun ist es anerkannt, daß der Fiskus nach dem preußischen A.L.R. für ein Versehen seiner Beamten bei der Wahrnehmung der ihnen zustehenden obrigkeitlichen oder Regierungsgewalt, abgesehen von besonderen eine solche Haftung ausnahmsweise vorschreibenden gesetzlichen Bestimmungen, nicht einzustehen hat. Ebensowenig wie der Fiskus für ein solches Versehen der unmittelbaren Beamten einzutreten hat, kann bei mittelbaren Staatsbeamten die Korporation oder Gemeinde, in deren Diensten sie stehen und deren Angelegenheiten sie verwalten, für Versehen haften, die sie sich bei der Wahrnehmung der ihnen neben der Vertretung der juristischen Person zustehenden obrigkeitlichen Befugnisse zu schulden kommen lassen. Bezüglich der Haftung aus Versehen der mittelbaren Staatsbeamten gelten nach dem A.L.R. im allgemeinen dieselben Grundsätze wie in betreff der unmittelbaren. Nr. 1889. Nr. 79.

Nr. 1989. VI. Sen. 31. März 1892. VI. 3. 92. Bd. 29, Nr. 62, S. 249.

Verpflichtung der altländischen preußischen landschaftlichen Kreditverbände, bei Ausstellung der Unschädlichkeitsatteste für die Sicherstellung des Kaufgeldes zu Gunsten der Realgläubiger des Hauptgutes Sorge zu tragen. (Preuß. R.). Die Entscheidung bezieht sich auf den Fall Nr. 1988. Die Kläger hatten neben der Landschaft den derzeitigen Landschaftssyndikus und die Erben des Landschaftsdirektors auf Schadensersatz belangt. Das Berufungsgericht hatte den Anspruch gegen diese für unbegründet erklärt. So weit haben die Kläger Revision eingelegt. Diese Revision ist durch das jetzige Urteil zurückgewiesen. Das Berufungsgericht hält den Landschaftssyndikus deshalb nicht für schadensersatzpflichtig, weil ihm der Beschluß, wodurch das Versehen begangen sein soll, nicht zugerechnet werden könne, da er nicht stimmberechtigtes Mitglied der Direktion war. Dies kann nicht als rechtsirrtümlich angesehen werden; denn § 141, II. 10 A.L.R. bestimmt für den Fall, daß es sich um das Versehen eines Kollegiums handelt, ausdrücklich, daß dessen Mitglieder nicht zur Vertretung gehalten sind, wenn ihnen bei dem betreffenden Geschäfte kein Votum zukam. Den Anspruch gegen die Erben des früheren Landschaftsdirektors anlangend, so beruht die Entscheidung des Berufungsgerichts allerdings auf einen Rechtsirrtum. Nach den §§ 127, 144, II. 10 A.L.R. würde der Landschaftsdirektor für das etwaige in der Ausstellung des Unschädlichkeitsattestes liegende Versehen nur dann nicht verantwortlich sein, wenn er von den übrigen Mitgliedern des Kollegiums überstimmt worden wäre und sein Votum schriftlich unter Anführung der Gründe zu den Akten gebracht hätte. Es ist daher rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht annimmt, daß die Erben des

Landschaftsdirektors schon deshalb nicht auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden könnten, weil die Kläger nicht dargelegt haben, daß er für die Ausstellung des Unschädlichkeitsattestes gestimmt habe. Die Entscheidung ist indessen aus anderen Gründen gerechtfertigt. Es kann nicht als richtig angesehen werden, daß in der Ausstellung des fraglichen Unschädlichkeitsattestes ein Versehen der Landschaftsdirektion liegt. Der Kreditdirektion steht in den Fällen, in denen sie das Unschädlichkeitsattest für den Verkauf eines Trennstückes nach den Vorschriften des Gesetzes vom 3. März 1850 ausgestellt hat, die Entscheidung über die Verwendung der Kaufgelder nicht zu. Diese Entscheidung gehört vielmehr zur Zuständigkeit der Auseinandersetzungsbehörden. Durch § 71 der G.B.O. vom 5. Mai 1872 ist in dieser Beziehung eine Änderung der früheren Vorschriften nicht beabsichtigt. Über das Verfahren bei Ausstellung der Unschädlichkeitsatteste seitens der Kreditdirektionen sind nähere gesetzliche Bestimmungen nicht getroffen. Der Schade der Kläger ist dadurch entstanden, daß die Abschreibung der Trennstücke auf Grund des von der Kreditdirektion ausgestellten Unschädlichkeitsattestes ohne Rücksicht darauf erfolgt ist, ob eine den Gesetzen entsprechende Verwendung des Kaufgeldes stattgefunden hatte. Wenn nun auch in dem Unschädlichkeitsatteste ein ausdrücklicher Vorbehalt in Bezug auf die Verwendung des Kaufgeldes nicht gemacht war, so ergab sich doch ein solcher Vorbehalt aus den Gesetzen. Danach mußte, bevor die Abschreibung der Trennstücke erfolgen konnte, eine Bestimmung über die Verwendung des Kaufgeldes von der Auseinandersetzungsbehörde getroffen werden. Die Kreditdirektion konnte hiervon nicht dispensieren. Daß sie solches in dem vorliegenden Falle nicht beabsichtigte, ergab sich unzweifelhaft aus dem Atteste, worin die Veräußerung der fraglichen Trennstücke nicht ohne weiteres, sondern nur für den Preis von 16791 Mk. als unschädlich für die Hypotheken- und Grundschuldgläubiger bezeichnet ist. Es konnte daher das Attest bei dem Grundbuchrichter auch nicht wohl den Irrtum erregen, daß eine Verwendung des Kaufgeldes zu Gunsten der Hypothekengläubiger und sonstigen Realberechtigten des Hauptgutes stattgefunden habe; jedenfalls ließ sich eine solche Folge von der Kreditdirektion nicht voraussehen (§ 4, I. 6 A.L.R.). Aus § 71 der G.B.O. folgt nicht, daß der Grundbuchrichter auf ein Unschädlichkeitsattest der Kreditdirektion ohne weitere Prüfung und auch dann abzuschreiben hat, wenn es ihm nicht entgehen kann, daß die von der Auseinandersetzungsbehörde zu treffende Bestimmung über die Verwendung des Kaufgeldes nicht erfolgt ist.

Nr. 1990. III. Hilfs-Sen. 13. März 1880. V^b. 192. 79. Bd. 1, Nr. 137, S. 383.

Vormerkung. Umschreibung. (Preuß. R.). Die Bewilligung der endgültigen Eintragung einer Hypothek an Stelle einer Vormerkung enthält eine rechtliche Verfügung über das Grundstück, weil das letztere erst durch solche Eintragung mit einem Hypothekenrecht belastet wird. Die Anwendung des § 89 der G.B.O. vom 5. Mai 1872 setzt voraus, daß derjenige, gegen den die Vormerkung gerichtet war, das Verfügungsrecht über das Grundstück zu der Zeit hat, wo er die Bewilligung der endgültigen Eintragung erteilt. Erfolgte nun die Bewilligung dieser Eintragung im vorliegenden Falle zu einer Zeit, als der Bewilligende nicht mehr als Eigentümer eingetragen war, so war die Bewilligung wirkungslos und ist die endgültige Eintragung zu Unrecht erfolgt, also ebenfalls unwirksam. Eine dingliche Klage ist also für den eingetragenen Gläubiger nicht entstanden. Eine andere Frage ist, ob der später eingetragene Eigentümer mit Erfolg im Prozeßwege auf Erteilung der Bewilligung der endgültigen Eintragung in Anspruch genommen werden kann.

Nr. 1991. V. Sen. 28. Juni 1884. V. 21. 84. Bd. 11, Nr. 75, S. 325.

Begründung der Hypothek. (Preuß. R.). Im vorliegenden Falle haben die Erben des eingetragenen Eigentümers des durch Erbgang auf sie übergegangenen Grundstücks in einer notariellen Urkunde erklärt, daß sie dies Grundstück dem A. für erhaltene be-

stimmte Darlehne verpfänden und die Eintragung bewilligen. Dieser Akt kann zwar kein Pfandrecht begründen, da solches nur durch Eintragung entsteht, aber er ist vollkommen rechtsverbindlich und begründet eine klagbare persönliche Verpflichtung der Verpfänder, Alles zu thun, was zur Ermöglichung der Eintragung der Hypothek gesetzlich notwendig ist, also namentlich ihr eigenes Eigentum eintragen zu lassen und Alles zu unterlassen, was die Eintragung der Hypothek mit dem zugesicherten Vorrecht verhindern könnte. Es genügt aber der Umstand, daß dieser notarielle Akt dem Grundbuchrichter zu der Zeit der Eintragung der Verpfänder als Eigentümer vorliegt, nicht, um ihn zu berechtigen und ihn zu verpflichten, die Hypothek einzutragen, vielmehr darf er diese nur eintragen, wenn die Eintragungsbewilligung zu dieser Zeit nochmals erklärt ist. §§ 5, 19 E.E.G. vom 5. Mai 1872. Daraus folgt jedoch nicht die Nichtigkeit der dennoch erfolgten Eintragung, da das Gesetz die Nichtigkeit an ein solches Versehen des Grundbuchrichters nicht geknüpft hat und sich dieselbe aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ebensowenig herleiten läßt, es vielmehr dem Geist und Zweck der Grundbuchverfassung widersprechen würde, an Versehen des Grundbuchrichters, die der Gläubiger aus dem ihm erteilten Hypothekenschein nicht ersehen kann, die Nichtigkeit der erfolgten Eintragung zu knüpfen. Der Verpfänder selbst kann der hypothekarischen Klage des Gläubigers den Einwand, daß die Eintragung nichtig sei, nicht entgegensetzen, weil er bei Aufstellung eines solchen Einwandes dolos handeln würde. Auch der nacheingetragene Gläubiger kann die Eintragung auf Grund des § 70 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 nur dann anfechten und den Anspruch auf die Streitmasse begründen, wenn er nachweist, daß der voreingetragene sich mit seinem Schaden widerrechtlich bereichern würde, wenn er die Streitmasse erhielte. § 433, I. 20 A.L.R. § 29 Abs. 1 G.B.O. Nr. 1961. Nr. 1986.

Nr. 1992. II. Hilfs-Sen. 16. Mai 1887. Va. 489. 80. Bd. 5, Nr. 63, S. 234.

Eintragung von Zinsen bei einer nach Feststellung der Forderung umgeschriebenen Kautionshypothek. §§ 24, 25 des Gesetzes über den Eigentumserwerb vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Aus der Vorschrift des § 24 a. a. O. folgt nicht, daß die Bestimmungen des § 25 das. gegenüber den nachfolgenden Gläubigern für alle Zukunft außer Anwendung bleiben müssen. Ist die Höhe des unbestimmten Anspruches zwischen dem Kautionsberechtigten und dem Schuldner festgestellt, so ist das Grundstück, soweit der festgestellte Anspruch den eingetragenen Betrag nicht übersteigt, für denselben in gleicher Weise verhaftet wie für jedes andere eingetragene Kapital. Durch Umschreibung der Kautionshypothek in eine definitive Hypothek bei Feststellung der Forderung bis zum Betrage der ersteren verliert die Kautionshypothek ihren bedingten Charakter und wird in eine unbedingte verwandelt mit denselben Eigenschaften und Wirkungen, die eine von vornherein als eine unbedingte eingetragene Hypothek hat. Sie steht dann also den zinslos eingetragenen Kapitalien, wovon § 25 a. a. O. spricht, vollkommen gleich. Die Vorschrift des § 25 ist eine allgemeine und macht das Recht des Eigentümers, fünf Prozent Zinsen mit der Rangordnung des Kapitales eintragen zu lassen, nicht von dem Entstehungsgrunde des zinslos eingetragenen Kapitales abhängig.

Nr. 1993. V. Sen. 3. Januar 1880. V. 59. 79. Bd. 1, Nr. 63, S. 168.

Löschung zur Ungebühr. (Preuß. R.). Der als Miterbe der verstorbenen Witwe des eingetragenen Gläubigers, der mit ihr in ehelicher Gütergemeinschaft gelebt hatte, legitimierte Kläger hat die notariell als von ihm abgegeben beurkundete Löschungsbewilligung in Wirklichkeit nicht abgegeben, sondern eine andere unberechtigte Person, die betrügerischerweise dem Notar als der Kläger vorgestellt und als solcher rekognosziert worden ist. Sein Antrag auf Wiedereintragung der gelöschten Hypothek gegen den Eigentümer des Grundstücks ist für begründet erachtet. Obwohl der Kläger nur Miterbe ist, so hatte er doch als solcher ein individuelles Recht, der Löschung der Hypothek

in ihrem ganzen Umfange zu widersprechen. Die Löschung ist, wenn auch formell in legaler Weise, so doch zur Ungebühr erfolgt (§ 526, I. 20 A.L.R.). Der Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs würde nur für diejenigen in Betracht kommen, die nach der Löschung Rechte erworben haben. Ebensowenig wie der Schuldner, der auf eine falsche, wenn auch in öffentlicher Urkunde erklärte Quittung zahlt, von seiner Verbindlichkeit frei wird, kann dies hier bezüglich der hypothekarischen Verpflichtung der Fall sein. Nr. 2006.

Nr. 1994. II. Hilfs-Sen. 25. November 1880. V^a. 27. 80. Bd. 3, Nr. 73, S. 259.

Korrealhypothek. §§ 42, 63 des Gesetzes über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Der Abs. 1 des § 42 a. a. O., wonach sich der Gläubiger an jedes einzelne Grundstück zu halten befugt ist, kann nur so verstanden werden, daß er jedes derselben zur Subhastation bringen darf, um aus dessen Kaufgeldern befriedigt zu werden. Wenn unmittelbar darauf in Abs. 2 von seiner Befriedigung „aus dem Grundstücke" die Rede ist, so unterliegt es schon nach diesen Worten, jedenfalls aber nach ihrem Zusammenhange, keinem Zweifel, daß damit ebenfalls nur die Befriedigung aus den Kaufgeldern des subhastierten Grundstückes gemeint ist. Hat also der Eigentümer eines Pfandgrundstückes freiwillig oder um die Subhastation abzuwenden, gezahlt, so liegt die Voraussetzung der bezeichneten Vorschrift nicht vor. Vielmehr bleibt es in diesem Falle bei der Bestimmung des § 63 des Gesetzes. Nr. 1979.

Nr. 1995. V. Sen. 1. Februar 1882. V. 794. 81. Bd. 6, Nr. 82, S. 307.

Wirkung der Abtretung des Hypothekenvorrechts. (Preuß. R.). Das Hypothekenrecht ist nach preußischem Recht das Recht des Gläubigers, sich wegen seiner Forderung an die verpfändete Sache zu halten und aus ihr, ihren Einkünften und ihrem Erlöse, seine Befriedigung zu entnehmen (§ 43 des Gesetzes vom 5. Mai 1872, §§ 1, 436, I. 20 A.L.R.). Dies Recht steht allen Hypothekengläubigern zunächst gleichmäßig zu, bei unzureichender Sache aber entscheidet zwischen den konkurrierenden Gläubigern das durch die Eintragung begründete Vorzugsrecht (§§ 17, 34 des cit. Gesetzes, § 500, I. 20 A.L.R.). Das Vorzugsrecht kann mit der Wirkung, daß die Vorrechte der Zwischenhypotheken unberührt bleiben, auf nachstehende Hypothekengläubiger übertragen werden; das Hypothekenrecht selbst als accessorisches Recht ist von der Forderung, für die es bestellt ist, nicht trennbar (§§ 35, 52 des cit. Gesetzes). Die Abtretung des Vorzugsrechts kann daher nur als Abtretung des dem zurücktretenden Hypothekenrechte beiwohnenden Rechts auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Pfande aufgefaßt werden. Die Ausübung dieses Rechts kann nur so geschehen, daß es der Cessionar an Stelle des Cedenten auf Grund und nach dem Umfange der Hypothek und Forderung desselben für sich und zur Befriedigung wegen seiner eigenen Forderung in Anspruch nimmt und dem Cedenten überläßt, seine Befriedigung nach ihm an bereiter Stelle der Rangordnung zu entnehmen. Durch die Ausübung jenes Rechts wird die prioritätische Hypothek realisiert und löschungsfähig. Der Cedent kann dasselbe nicht mehr ausüben, das ihm verbleibende Hypothekenrecht ist dem Range, dem Umfange und der Wirkung nach ein anderes geworden. Im Falle der Gesamthypothek ist die Forderung des Gläubigers durch die auf mehrere Grundstücke bestellten Hypothekenrechte gesichert, die durch ihre Stellung in verschiedenen Rangordnungen bestimmt sind, aber in Beziehung auf Zweck und Wirkung eine Einheit bilden. Soweit der Gläubiger die Hypothek aus einem Grundstück realisiert, erlischt dieselbe auf den anderen Grundstücken (§ 42 des cit. Gesetzes). Die notwendige Folge davon ist, daß die Nachgläubiger der Letzteren in die erloschene Stelle aufrücken; ihr Recht zum Aufrücken und zur Geltendmachung des Erlöschens beruht also auf dem Gesetze. Das letztere hat zwar nach dem Vorgange des § 56 (neuer Fassung) der preußischen K.O. vom 8. Mai 1855 den Grundsatz der ratierlichen Haftung mitverpfändeter Grundstücke beseitigt, jedoch daran festgehalten,

daß die Gesamthypothek durch die Befriedigung des Gläubigers erschöpft wird und die mitverhafteten Grundstücke davon frei werden, weil sonst die nacheingetragenen Gläubiger in ihrem Rechte verletzt würden. Deshalb kann der Gesamthypothekar nicht das Befriedigungsrecht aus der Hypothek eines Grundstücks ausüben und sich dasselbe aus der Hypothek des Anderen erhalten; er kann dies Ziel auch nicht dadurch erreichen, daß er das aus der einen Hypothek hervorgehende Recht auf prioritätische Befriedigung abtritt und dasselbe zu Gunsten einer zweiten Forderung, der des Cessionars, ausüben läßt; er ist nicht berechtigt, die Bestimmung und Wirkung seines Gesamthypothekenrechts in dieser Weise zu vervielfachen. Indem der Cessionar das ihm abgetretene Vorzugsrecht der Gesamthypothek mit Erfolg ausübt und dadurch auch die Gesamthypothek realisiert, hat er damit an Stelle des Cedenten die demselben zustehende Wahl unter den mithaftenden Grundstücken getroffen; der Letztere hat das Gesamthypothekenrecht verloren; er muß seine Befriedigung aus dem unbeschadet der Rechte der Zwischenposten sich darbietenden Hypothekenrechte erwirken; jedenfalls steht ihm das des Cessionars zu Gebote. Hiernach kann der Prioritätscessionar durch die Vorzugseinräumung seine persönliche Forderung nicht verlieren und seine Nachgläubiger können ihm als Gesamthypothekar nicht vorschreiben, aus welchem Grundstücke und an welcher Rangstelle er seine Befriedigung zu nehmen habe. Dagegen steht den Nachgläubigern ein Widerspruchsrecht dagegen zu, daß der Gesamthypothekar sein Befriedigungsrecht mehrfach ausübe. Nr. 1948. Nr. 1980.

Nr. 1996. V. Sen. 24. September 1890. V. 102. 90. Bd. 27, Nr. 41, S. 169.

Konvalescenz einer Hypothek, wenn die Forderung, zu deren Sicherheit sie dienen soll, zu einer Zeit begründet wird, in der dem Besteller der Hypothek das Eigentum am Grundstücke nicht mehr zusteht. (Preuß. R.). Durch die Bestimmungen der §§ 12, 13, I. 20 A.L.R. ist der Rechtsgrundsatz zum Ausdrucke gebracht, daß die Hypothek zwar von dem Bestande einer gültigen Forderung abhängt, daß jedoch die Begründung der Forderung der Eintragung nachfolgen kann. Vergl. §§ 169 ff. Teil II der Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783, §§ 738, 739 I. 11; §§ 425, 426 I. 20 A.L.R. Auch ist anzunehmen, daß der in der Eintragung genannte Gläubiger, wenn er die nachträgliche Begründung der Forderung verweigert, durch Abtretung seiner Rechte einen Dritten in die Lage versetzen kann, das Darlehen dem Verpfänder mit der Wirkung zu zahlen, daß dadurch die Hypothek für ihn, den Dritten, gültig wird. Die zur Zeit der Eintragung noch fehlende Schuldverbindlichkeit hindert die Entstehung einer gültigen Hypothek nicht schlechthin, wenn nur jene Verbindlichkeit während noch unverminderter Dispositionsbefugnis des Schuldners begründet wird. Ob die Verbindlichkeit in der Person des bei der Eintragung bezeichneten Gläubigers oder dessen Rechtsnachfolgers entsteht, macht keinen Unterschied. Der Cessionar des Ersteren tritt in alle Rechte desselben gegenüber dem Pfandschuldner ein; so wenig dieser dem Cedenten die Ungültigkeit der Hypothek wegen der späteren Darlehenszahlung entgegenhalten kann, ebensowenig dem Cessionar desselben. Weitergehende Rechte auf Anfechtung voreingetragener Hypotheken, als dem Schuldner zustehen, besitzt auch nicht ein späterer Hypothekengläubiger. Der Berufungsrichter geht aber noch einen Schritt weiter. Er nimmt an, eine Hypothek könne auch konvalescieren, wenn die Forderung des Gläubigers an den Pfandbesteller erst zu einer Zeit begründet wird, in welcher der Letztere nicht mehr Eigentümer der Pfandsache ist. Dem läßt sich nicht beitreten. Liegen nicht die sämtlichen Erfordernisse der §§ 11, 15, 6, I. 20 A.L.R. vor, so entsteht zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger kein Pfandrecht an der Pfandsache. Der § 13 a. a. O. besagt nur, daß die Forderung nicht gleichzeitig mit dem Bestellungsakte vorhanden zu sein braucht, aber diese Vorschrift ändert nicht die allgemeinen Rechtssätze, von denen die Begründung des Pfandrechts abhängig gemacht ist. Die Ansicht, daß bereits die Eintragung eine Disposition über das Grundstück

(nämlich eine Verpfändung) enthalte, findet in dem § 12, I. 20 A.L.R. keine Stütze. Die Eintragung hat zwar die Wirkung, daß derjenige, der eine eingetragene Hypothek in gutem Glauben erwirbt, gegen Einreden wegen Ungültigkeit derselben gemäß § 38 E.E.G. vom 5. Mai 1872 geschützt ist, aber sie erzeugt zwischen dem Pfandschuldner und dem eingetragenen Gläubiger ohne Hinzutritt der weiteren für die Begründung des Pfandrechtes vorgeschriebenen Requisite kein materiell gültiges Pfandrecht. Der Ansicht des Berufungsrichters steht auch nicht die Analogie der Kautionshypotheken d. h. der Hypotheken für einen zur Zeit der Eintragung noch unbestimmten Anspruch (§ 14, I. 20 A.L.R., § 24 E.E.G.) zur Seite. Wenn man auch, was hier dahingestellt bleibt, annehmen wollte, daß bei den Kautionshypotheken die Begründung der Forderung, nachdem der Pfandbesteller das Eigentum an der Sache verloren, bei der Zwangsversteigerung also bis zur Kaufgelderbelegung geschehen dürfe, so erscheint doch die analoge Anwendung der in betreff der Kautionshypothek, da sie eine vom Gesetze mit beschränkten Wirkungen (§ 67 E.E.G.) gestattete Eintragung der Hypothek für bedingte Forderungen enthält, geltenden Rechtsgrundsätze auf Hypotheken, die zur Sicherung von nicht bedingten Forderungen bestellt werden, ausgeschlossen. Das Reichsgericht hat deshalb angenommen, daß, nachdem W. das Eigentum an dem fraglichen Grundstücke durch das Zuschlagsurteil vom 4. Mai 1888 verloren hatte, die am 12. Mai 1888 erfolgte Zahlung der Valuta durch den Kläger an W. und dessen Cessionar die Hypothek nicht rechtsgültig machen konnte. Wird dagegen bewiesen, daß die Zahlung teilweise schon am 3. Mai 1888 erfolgt ist, so muß angenommen werden, daß die bis dahin ungültige Hypothek in Höhe dieses Teilbetrages konvalescierte, weil W. zu dieser Zeit noch Eigentümer der Pfandsache war. Hieran ändert nichts die schon früher behufs Zwangsversteigerung erfolgte Beschlagnahme des W.schen Grundstückes, da weder der Beklagte noch der Kläger zu den betreibenden Gläubigern gehörten und mithin die Dispositionsbefugnis des W. dem Beklagten gegenüber nach § 16 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 durch die Beschlagnahme keine Beschränkung erlitten hatte. Ebensowenig steht der Umstand, daß das Darlehen nur teilweise gegeben ist, der teilweisen Konvalescenz der Hypothek entgegen. Die getroffene Entscheidung bezieht sich nur auf Hypotheken, nicht auch auf Grundschulden. Nr. 2008. Nr. 1997.

Nr. 1997. V. Sen. 16. Juni 1894. V. 37. 94. Bd. 33, Nr. 70, S. 298.

Konvalescenz einer Hypothek, wenn die dadurch gesicherte Forderung zwar vor dem Zuschlagsurteil entstanden, aber erst nachher an den liquidierenden Gläubiger abgetreten worden ist. §§ 12, 13, I. 20 A.L.R. (Preuß. R.). Das dem Maurermeister T. gehörig gewesene Hausgrundstück ist zur Zwangsversteigerung gelangt und am 8. September 1891 dem Kläger zugeschlagen. In Abt. III. Nr. 25 stand eine Hypothek von 280 000 Mk. verzinslich für eine Bank eingetragen. Von dieser Hypothek liquidierte im Kaufgelderbelegungstermine am 22. Oktober 1891 der Beklagte auf Grund einer Cession der Bank vom 19. September 1891 den Teilbetrag von 15 000 Mk. nebst Zinsen. Das Kaufgeld reichte zur Deckung dieses Liquidats aus. Der Kläger, der mit einer später eingetragenen Hypothek von 35 954,15 Mk. nur im Betrage von 259,22 Mk. befriedigt werden konnte, widersprach der Auszahlung des Kaufgeldes an den Beklagten. Infolgedessen wurde von der Hebung des Beklagten der Betrag von 17 328,75 Mk. als Streitmasse in Verwahrung genommen. Hiervon verlangt der Kläger jetzt nur noch die Auszahlung von 15 078,75 Mk. an ihn, während der Beklagte widerklagend diesen Betrag für sich in Anspruch nimmt. Der Kläger stützt sein angeblich besseres Recht an die Streitsumme auf folgenden Sachverhalt. Vor dem Maurermeister T. war der Beklagte Eigentümer des versteigerten Grundstücks. Er hatte darauf die Darlehenshypothek von 280 000 Mk. für die gedachte Bank eintragen lassen, jedoch von diesem (Baugelder-) Darlehen bis zum März 1889 erst 130 000 Mk. erhalten. Am 19. März 1889 bot er dem T. das Grundstück für 225 000 Mk. zum Kauf an, erklärte sich auch zugleich bereit, ihm auf Wunsch ein Baugeld

von 100000 Mk. gegen eine Provision von 5000 Mk. herzugeben. Der Kaufpreis der 225000 Mk. sollte in der Art belegt werden, daß T. bis spätestens zum 1. April 1889 eine Anzahlung von 5000 M. leistete und ferner von den eingetragenen 280000 Mk. den Betrag von 220000 Mk. nebst Zinsen seit 1. April 1889 auf das Kaufgeld übernahm. Dann heißt es weiter in dem Schreiben des Beklagten an T.: „Die restierenden 60000 Mk. verzinsen Sie erst von dem Tage an, an welchem die (bezeichnete) Bank diesen Betrag zahlt. Die Auflassung soll im April geschehen. Falls Sie von mir eine Finanzierung derart wünschen, daß ich Ihnen 100000 Mk. Baugeld (inkl. der von der Bank zu zahlenden 60000 Mk.) gebe und Ihnen hinter den 280000 Mk 45000 Mk. ein Jahr mit fünf Prozent stehen lasse, so haben Sie mir hierfür 5000 Mk. extra zu zahlen und haben Sie mir dies bis zum 1. April d. J. schriftlich mitzuteilen. Die von mir zu zahlenden Baugelder verzinsen Sie mir mit sechs Prozent und zwar immer vom ersten des Monats ab, in dem die Zahlung erfolgt." T. nahm mittels Schreibens vom 29. März 1889 die ihm „proponierte Finanzierung" an. Am 3. April 1889 wurde der Kaufvertrag über das Grundstück zwischen ihm und dem Beklagten abgeschlossen. In betreff der Kaufgelderbelegung ist darin gesagt, daß die Anzahlung von 5000 Mk. erfolgt sei. Dann heißt es weiter: „Auf dem verkauften Grundstücke haftet für die (bezeichnete) Bank ein Hypothekenkapital von 280000 Mk., welches in Höhe von 220000 Mk. seit dem 1. April d. J. und von 60000 Mk. vom Tage der noch zu erfolgenden Zahlung ab mit $4^1/_2$ Prozent jährlich zu verzinsen ist. Die Hypothek ist seitens der genannten Bank bis jetzt erst in Höhe von 130000 Mk. gezahlt worden, von den noch restierenden 150000 Mk. überweist Käufer dem Verkäufer den Betrag von 90000 Mk. und übernimmt die eingetragene Hypothek von 280000 Mk. nebst den oben angegebenen Zinsen als Selbstschuldner; der übrige noch verbleibende Betrag von 60000 Mk. wird für die Gläubigerin erst nach Fertigstellung des auf dem Grundstücke zu errichtenden Neubaues fällig und ist alsdann an den Käufer zahlbar." T. ersuchte ferner mittels Schreibens vom 29. April 1889 die gedachte Bank, diejenigen 150000 Mk., die als restierender Teil der Hypothek von 280000 Mk. noch zu zahlen waren, an den Beklagten zu zahlen. Hinter den 280000 Mk. unter Nr. 26 wurden sodann für den Beklagten 45000 Mk. (an Baugeldern und Provision) eingetragen. Unstreitig hat der Beklagte dem T. bis zum 1. Oktober 1990 im ganzen 102288 Mk. Baugelder gewährt. Dagegen hat die Bank von den für sie eingetragenen 280000 Mk. an den Beklagten und an T. im ganzen nur 265000 Mk. gezahlt und den Mehrbetrag von 15000 Mk. am 10. September 1891 dem Beklagten cediert. Der Kläger führt aus, die Hypothek von 15000 Mk. sei ungültig, weil der Bank die Forderung, zu deren Sicherheit sie dienen sollte, niemals zugestanden habe und weil eine nachträgliche Begründung der Hypothek, nachdem T. durch das Zuschlagsurteil vom 8. September 1891 das Eigentum an dem Pfandgrundstücke verloren hatte, nicht mehr möglich gewesen sei. Der Beklagte ist dagegen der Ansicht, daß durch die von ihm geleisteten Zahlungen an T. die Forderung begründet und die Hypothek rechtswirksam geworden sei und daß die ihm nach dem Zuschlage von der Bank erteilte Cession nur zum Nachweise seiner Legitimation gedient habe. Der erste Richter hat zu Gunsten des Klägers, der zweite zu Gunsten des Beklagten erkannt. Der Berufungsrichter geht bei seiner Entscheidung davon aus, daß T. dem Beklagten über den durch das Kaufgeld nicht gedeckten Betrag der Hypothek Nr. 25, also über 220000 Mk. hinaus, mit dem Grundstücke nicht haftete und daß er, wenn er die Valuta der von ihm dennoch übernommenen 60000 Mk. nicht erhielt, die Befreiung des Grundstückes von diesem Teile der Hypothek Nr. 25 fordern konnte. Er nimmt aber weiter an, daß in diesem Rechtszustande dadurch eine Änderung eingetreten ist, daß sich der Beklagte in dem sogen. Finanzierungsvertrage verpflichtete, dem T. gegen 5000 Mk. Provision 100000 Mk. Baugelder zu zahlen. Der Zusatz in dem Schreiben des Beklagten vom 19. März 1889: „inkl. der von der Bank zu zahlenden 60000 Mk." beweist, wie der Berufungsrichter mit Recht sagt, daß der Beklagte

gegenüber dem T. persönlich für die Zahlung der von dem Letzteren übernommenen durch das Kaufgeld nicht gedeckten 60000 Mk. und weiterer 40000 Mk. haften wollte. In diesem Versprechen, in der Anweisung der Bank durch T. vom 29. April 1889 und in dem Umstande, daß nur für den die 60000 Mk. übersteigenden Betrag der vom Beklagten versprochenen Baugelder, also für 45000 Mk. einschließlich der Provision, die Eintragung einer gleich hohen Hypothek unter Nr. 26 verabredet wurde, findet der Berufungsrichter den Willen beider damaliger Kontrahenten zum Ausdruck gebracht, daß die für die 60000 Mk. der Bank bereits bestellte Hypothek, sofern nicht sie, sondern der Beklagte die Valuta zahlen würde, dem Beklagten als reale Sicherheit dienen sollte. Die Versuche des Klägers, dem Kaufvertrage und der Korrespondenz eine andere Bedeutung unterzulegen, können in der jetzigen Instanz keinen Erfolg haben (§ 524 C.P.O.). Es erscheint auch kaum glaubhaft, daß der Beklagte sich nur für die 45000 Mk. und nicht auch für die weiter versprochenen 60000 Mk. eine reale Sicherheit habe bedingen wollen. Geht man aber von dieser thatsächlichen Grundlage aus, so versagen die vom Kläger gegen das Berufungsurteil erhobenen Beschwerden. Das Reichsgericht hat in dem Urteil vom 24. September 1890 (Nr. 1996) den Grundsatz ausgesprochen, daß eine Hypothek nach den Vorschriften der §§ 12, 13, I. 20 A.L.R. zwar konvalesciert, wenn die Forderung, zu deren Sicherheit sie dient, nach der Eintragung durch den in der Eintragung genannten Gläubiger oder dessen Rechtsnachfolger zur Existenz gebracht wird, diese Rechtswirkung jedoch nicht eintritt, wenn der Schuldner zur Zeit der Begründung der Forderung nicht mehr Eigentümer der Pfandsache und also zu ihrer Belastung nicht mehr berechtigt ist. An diesem Grundsatze muß zwar festgehalten werden; er findet jedoch im vorliegenden Falle keine Anwendung, weil die thatsächliche Lage eine andere ist. Der Beklagte hatte hier der Bank eine Baugelderhypothek, also eine bedingte, in ihrer Gültigkeit von dem Empfange des Baugeldes abhängige Hypothek bestellt. Nachdem das Pfandgrundstück von T. zum Eigentum erworben war, verpflichtete sich ihm gegenüber der Beklagte für den Fall, daß die Bank das Baugelderdarlehen nicht zum Nominalbetrage der Hypothek hergeben würde, es seinerseits zu zahlen. T. nahm dies Erbieten an und versprach reale Sicherung des Beklagten durch die damals noch nicht validierende der Bank bestellte Hypothek. Der Beklagte ist seiner hierdurch übernommenen Verpflichtung nachgekommen und hat die von der Bank nicht gewährten 15000 Mk. vor Einleitung der Subhastation, also zu einer Zeit, als T. zur Verfügung über das Grundstück berechtigt war, an diesen gezahlt. Der vorliegende Fall unterscheidet sich danach von dem erwähnten insofern, als hier bereits vor dem Zuschlagsurteil der Grundstückseigentümer die erfolgte Konvalescenz der Hypothek in der Hand des Beklagten anzuerkennen verbunden war, sofern nur der Beklagte für sich die Cession der Bank als der nominellen Eigentümerin der Hypothek beschaffte. Handlungen oder Erklärungen des T. waren nicht mehr erforderlich. Ob die Bank durch berechtigte Weigerung, statt bloßen Aufgebens ihrer Rechte aus der Hypothek eine Übertragungserklärung auf den Beklagten auszustellen, in der Lage gewesen wäre, die Übertragung zu vereiteln, bedarf keiner Erwägung; denn die Bank hat die Cession erteilt. Daß dies erst nach dem Zuschlage geschehen ist, erscheint unerheblich. Denn die Bedeutung des Zuschlags in der hier in Betracht kommenden Richtung beruht in der Beseitigung der Möglichkeit weiterer Dispositionen des Subhastaten. Dagegen bewirkt nicht etwa die Einleitung der Subhastation zu Gunsten aller auch der dem betreibenden Gläubiger nachstehenden Hypothekengläubiger eine Festlegung des das Grundstück betreffenden Rechtszustandes in dem Sinne, daß nunmehr eine Konvalescenz eingetragener Hypotheken wegen noch erforderlicher formaler Übertragungsakte verhindert wäre. Die Revision der Klägers ist daher zurückgewiesen.

Nr. 1998. V. Sen. 21. März 1883. V. 669. 82. Bd. 9, Nr. 67, S. 250.

Anspruch des Hypothekenschuldners auf Gewährung der früheren Priorität einer gekündigten Hypothek. (Preuß. R.). Der Beklagte wendet gegen die Hypothekarklage

des Gläubigers ein, daß die Hypothek zur Zeit, als er das Eigentum des Grundstückes erworben, die erste Stelle gehabt und demnächst der Kläger sein Vorrecht einer späteren, erst nach langer Zeit kündbaren Hypothek eingeräumt hat. Der Anspruch des Beklagten, der von dem Kläger eine auf die Wiederherstellung der früheren Rangordnung der eingetragenen Hypotheken unmittelbar gerichtete positive Leistung, ein Wiederverschaffen der früheren Priorität, verlangt, ist nicht gerechtfertigt. Die Klage betrifft nur das dingliche Recht des Klägers, der bei Verfolgung desselben in keinerlei obligatorischem Verhältnisse zum Beklagten steht. Es fehlt an einem Rechtsgrunde, aus welchem eine Verpflichtung für den Kläger hergeleitet werden könnte, die Rechtshandlung, die er gemäß § 35 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 vorgenommen hat, durch eine besondere andere Rechtshandlung zu beseitigen. Der Beklagte muß sich mit der Cession der ausgeklagten Hypothek (§ 63 a. a. O.), die der Kläger zu erteilen bereit ist, wenn die Zahlung erfolgt, begnügen.

Nr. 1999. IV. Sen. 24. Januar 1895. IV. 235. 94. Bd. 35, Nr. 62, S. 239.

Abtretung einer Hypothek ohne Übertragung der persönlichen Verbindlichkeit. § 52 E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Der Beklagte hat laut Urkunde vom 1. Juli 1881 anerkannt, von seiner Ehefrau an eingebrachtem Vermögen die gegen dreimonatige Kündigung zahlbare Summe von 120 000 Mk. erhalten zu haben, und dafür das ihm damals gehörige Rittergut L. verpfändet, auf welches die Forderung in Abt. III. unter Nr. 4 im Grundbuche eingetragen worden ist. Durch Vertrag vom 22. Oktober 1887 verkaufte der Beklagte das verpfändete Rittergut L. an R. In diesem Vertrage verpflichtete sich der Beklagte, die Post Abt. III Nr. 4 vor der Auflassung zur Löschung zu bringen, sofern nicht vorher eine Verständigung dahin, daß der Käufer die Hypothek auf die Kaufgelder verrechnen solle, erreicht würde. Diese Verständigung hat hierauf durch Verhandlungen zwischen dem Verkaufer, dem Käufer und dessen Ehefrau in der Weise stattgefunden, daß der Käufer die Hypothek in Anrechnung auf die Kaufgelder übernahm und den Beklagten sowie dessen Ehefrau (die bisherige Gläubigerin) ersuchte, die Hypothek an seine, des Käufers, Ehefrau zu cedieren. Die Cession geschah am 24. Oktober 1887. Demnächst erfolgte am 15. November 1887 die Auflassung des Ritterguts L. an den Käufer. Nach mehreren weiteren Cessionen gelangte die fragliche Hypothekenforderung in Höhe eines Teilbetrages von 95 000 Mk. durch Abtretung an den Kläger. Im Jahre 1892 kam das Rittergut L. zur Zwangsversteigerung. Dabei ist der Kläger mit seiner Forderung im Betrage von 94 654,50 Mk. ausgefallen. Wegen eines Teilbetrages hiervon in Höhe von 2000 Mk. nimmt der Kläger den Beklagten als den Konstituenten der Hypothek in Anspruch. Was den vom Beklagten auf § 41 Abs. 2 E.E.G. vom 5. Mai 1872 gestützten Einwand, daß seine persönliche Verbindlichkeit erloschen sei, anbelangt, so handelt es sich lediglich um die Frage, ob dem Erforderniſſe jener Vorschrift, wonach der Veräußerer dem Gläubiger die seitens des Erwerbers geschehene Schuldübernahme bekannt machen muß, genügt ist. Denn eine Würdigung und Einziehung der Hypothek innerhalb der im § 41 Abs. 2 vorgeschriebenen Fristen hat unstreitig nicht stattgefunden. Das Berufungsgericht nimmt an, daß die vorgeschriebene Bekanntmachung nicht erfolgt ist, und diese Annahme ist gerechtfertigt. Zur Begründung der weiteren Einrede des Beklagten, daß er auch abgesehen von der Vorschrift des § 41 Abs. 2 a. a. O. von seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit durch deren Tilgung befreit sei, hat er folgendes geltend gemacht. Zwischen ihm und dem Erwerber des Gutes, R., sei vereinbart worden, daß der Letztere verpflichtet sein sollte, die Hypothek der Ehefrau des Beklagten als der damaligen Gläubigerin sofort auszuzahlen. Diese Auszahlung sei zu seinen, des Beklagten, Händen auch wirklich erfolgt. Das zu dieser Barberichtigung erforderliche Geld habe R. aus dem Vermögen seiner Frau entnommen. Nur um die doppelten Kosten der Löschung der früheren für die Ehefrau des Beklagten eingetragenen Hypothek und der Eintragung

einer neuen, für die Frau R. zu konstituierenden Hypothek von gleicher Höhe zu sparen, habe R. den Beklagten und dessen Ehefrau veranlaßt, die Hypothek der Letzteren an seine, des Erwerbers, Ehefrau zu cedieren. Jene Barauszahlung sei, wie zwei näher bezeichnete Zeugen bekunden würden, nicht in der Absicht erfolgt, um die Hypothek und die ihr zu Grunde liegende Forderung der Gläubigerin zu erwerben, sondern zu dem ausdrücklich verabredeten Zwecke, um die Illatenschuld des Beklagten an seine Ehefrau zu tilgen. Diese Tilgung sei durch Barauszahlung des Schuldbetrages bewirkt und dadurch sei der Beklagte von seiner persönlichen Illatenschuld befreit worden. Daher könnten die Rechtsnachfolger in dem Gläubigerrechte der Hypothek von dem Beklagten nicht noch einmal Zahlung verlangen. Das Berufungsgericht hält diese An- und Ausführungen mit Rücksicht auf § 52 E.E.G., wonach die Hypothek nur gemeinsam mit dem persönlichen Rechte abgetreten werden kann, für thatsächlich unerheblich und rechtlich unzutreffend und deshalb den hierauf gestützten Einwand des Beklagten für nicht begründet. Diese Annahme wird von der Revision mit der Ausführung bekämpft, daß die Hypothek lediglich durch den Untergang des persönlichen Forderungsrechts keine Änderung in ihrer Existenz erleide, was namentlich für den Fall der Tilgung der persönlichen Forderung gelte. Es stehe aber auch nichts entgegen, daß der Gläubiger seinem persönlichen Forderungsrecht entsage, das dingliche aber aufrecht erhalte. Finde also eine Cession in der Absicht statt, daß die Geltendmachung der persönlichen Forderung unterbleiben solle, so sei die Cession der Hypothek allein im Sinne des Gesetzes nicht als ungültig anzusehen. Diese Rechtsanschauung ist im wesentlichen bereits in einem Urteile des I. Hilfs-Senats des Reichsgerichts vom 28. Juni 1881 entwickelt worden und auch sonst gebilligt. Die Vorschrift des § 52 a. a. O. steht dieser Ansicht nicht entgegen. Die dort getroffene Bestimmung, daß die Hypothek nur gemeinsam mit dem persönlichen Rechte abgetreten werden kann, verfolgt den Zweck, den Schuldner gegen doppelte Anforderung zu sichern. Mit diesem Zwecke des Gesetzes würde allerdings eine Abtretung der Hypothek allein, unter Zurückbehaltung des persönlichen Anspruches, unvereinbar sein; nicht aber widerspricht dem bezeichneten Zwecke des Gesetzes eine Cession der Hypothek, wenn der Cedent die Absicht hat, die Verfolgung des persönlichen Anspruches zu unterlassen, insbesondere wenn er sich wegen derselben für befriedigt erachten muß. Dieser Auffassung steht auch die accessorische Natur der Hypothek mindestens dann nicht entgegen, wenn der Hypothek anstatt der bisher durch sie gesicherten Schuldverbindlichkeit ein neues Substrat in einer anderweit begründeten persönlichen Schuldverbindlichkeit gegeben wird. So würde aber im vorliegenden Falle die Sache liegen, wenn anzunehmen wäre, daß nach der Absicht der Beteiligten die Ehefrau des Beklagten durch Auszahlung ihrer Illatenforderung bezüglich ihres persönlichen Anspruchs gegen den Beklagten befriedigt, daß in dieser Weise die persönliche Schuld des Beklagten getilgt sein, daß die Ehefrau des Beklagten demgemäß jede Verfolgung ihres persönlichen Anspruchs unterlassen und die Cession der Hypothek allein an die Frau R. als nunmehrige Gläubigerin ihres für die Forderung auch persönlich verpflichteten Ehemannes erfolgen sollte. Ob diese Voraussetzungen, unter denen die Abtretung der Hypothek für sich allein rechtswirksam, die persönliche Schuld des Beklagten dagegen erloschen sein würde, zutreffen, ist bisher noch nicht erörtert worden, obgleich die von dem Beklagten zur Begründung seines Einwandes aufgestellten Behauptungen, auf deren Ergänzung eventuell durch Ausübung des Fragerechts gemäß § 130 C.P.O. hinzuwirken wäre, aus den bezeichneten Gesichtspunkten erheblich erscheinen. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Nr. 2000. V. Sen. 7. April 1886. V. 338. 85. Bd. 15, Nr. 61, S. 264.

Kenntnis des Cessionars einer Hypothekenforderung (oder seines Bevollmächtigten) von der im Grundbuch nicht eingetragenen Vorrechtseinräumung einer nacheingetragenen Forderung. (Preuß. R.). Die Vorschrift des § 498, I. 20 A.L.R.

bezieht sich nur auf den redlichen Dritten, dagegen darf sich derjenige, welcher beim Erwerbe einer hypothekarischen Forderung die nicht eingetragene Prioritätscession kennt, auf den Glauben des Grundbuches nicht berufen. Es läßt sich, namentlich im Hinblicke auf die Vorschriften der §§ 38, 49 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 nicht annehmen, daß durch die §§ 4, 15 a. a. O. die landrechtlichen Vorschriften über die Wirkungen des bösen Glaubens beim Erwerbe von Eigentum oder dinglichen Rechten (§ 10, I. 10; §§ 4 ff. I. 19; §§ 5 ff. I. 21 A.L.R.) vollständig beseitigt werden sollten; vielmehr ist davon auszugehen, daß die §§ 4, 15 a. a. O. nur Ausnahmen von der in Kraft gebliebenen Regel des A.L.R. bilden. Hinsichtlich der Cession ist ein Zwang zur Eintragung nicht vorgeschrieben. Ist aber das Grundbuch nicht dazu bestimmt, sichere Auskunft über die Person des jeweiligen Gläubigers zu geben, bedarf vielmehr der Übergang einer hypothekarischen Forderung auf einen anderen als den im Grundbuche angegebenen Gläubiger zu seiner Rechtswirksamkeit nicht der Eintragung, so folgt daraus, daß derjenige, welcher diese Veränderung in der Person des Gläubigers kennt, durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches nicht geschützt wird, wenn er sie unberücksichtigt läßt. Was aber von Cessionen oder von Verpfändungen (§ 54 E.E.G.), also von einer Disposition über den Wert der Forderung gilt, das muß auch bei der Prioritätscession Rechtens sein. Der § 498, I. 20 A.L.R. bestimmt nicht, daß dem dritten Erwerber die Vorrechtseinräumung nur durch ihre Eintragung zur Kenntnis gebracht werden kann. Weiß er, daß sein Rechtsvorgänger eine Änderung in der Rangordnung rechtsgültig vorgenommen hat, so bleibt in betreff dieses Rechtsaktes die allgemeine Regel des A.L.R. in Kraft. Nr. 1756. Dem Kläger ist nicht darin beizutreten, daß es nur auf seine eigene Kenntnis von der Vorrechtseinräumung ankomme und daß die Kenntnis seines Bevollmächtigten ihm nicht schade. Es ist vielmehr das Gegenteil anzunehmen. Nr. 862. Nr. 3449.

Nr. 2001. V. Sen. 10. April 1889. V. 4. 89. Bd. 23, Nr. 58, S. 271.

Anfechtung einer Hypothek wegen formeller Ungültigkeit der ihr zu Grunde liegenden Eintragungsbewilligung. (Preuß. R.). Ein Hypothekenrecht entsteht ungeachtet der erfolgten Eintragung einer rechtsbeständigen Forderung nicht, wenn die Eintragung überhaupt nicht auf einer Bewilligung des Eigentümers beruht oder, was dem gleich steht, wenn die Bewilligung, welche der Eintragung zu Grunde liegt, ungültig ist (§§ 1, 18, 19 des E.E.G. vom 5. Mai 1872). Die im § 33 der G.B.O. vom 5. Mai 1872 zugelassene Beglaubigung für Anträge reicht nur dann aus, wenn sie von Personen ausgeht, deren Verträge zu ihrer Gültigkeit nicht der Beobachtung besonderer Formen bedürfen, dagegen dürfen, sofern für die Gültigkeit der Verträge der im § 34 das. bezeichneten hilfsbedürftigen Personen in den neben der G.B.O. geltenden Gesetzen besondere Formen vorgeschrieben sind, die Anträge solcher Personen nur dann zugelassen werden und können eine wirksame Eintragung nur dann zur Folge haben, wenn sie in jener besonderen Form erklärt sind. Nach den §§ 179, 172, I. 5 A.L.R. müssen Personen, welche der Sprache, worin das Instrument abgefaßt werden soll, unkundig sind, in Fällen, wo es eines schriftlichen Vertrages bedarf, solchen gerichtlich oder vor einem Notar errichten. Ist in solchem Falle die Urkunde, auf Grund deren die Eintragung der Hypothek stattgefunden hat, nur der Unterschrift, nicht dem Inhalte nach in der durch § 33 der G.B.O. und § 5 des Gesetzes über das Notariat vom 8. März 1880 vereinfachten Weise notariell beglaubigt, so gelangt durch die Eintragung eine Hypothek nur scheinbar zur Existenz. Doch können nach dem Grundsatze des § 38 Abs. 2 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 Einreden der bezeichneten Art einem Dritten, welcher ein Recht auf die Hypothek gegen Entgelt erworben hat, nur dann mit Erfolg entgegengesetzt werden, wenn sie ihm vorher bekannt geworden sind oder sich aus dem Grundbuche ergeben. Die Frage, ob die der Hypothek zu Grunde liegende persönliche Forderung rechtlich bestand, bleibt bei der fraglichen Einrede, welche nur

die dingliche Seite, die Entstehung des Hypothekenrechts, betrifft, außer Betracht. Nr. 2002. Nr. 2082. Nr. 2024.

Nr. 2002. V. Sen. 14. Mai 1890. V. 16. 90. Bd. 26, Nr. 52, S. 271.

Anfechtung einer voreingetragenen Grundschuld durch einen später eingetragenen Hypothekengläubiger. (Preuß. R.). Nach dem Gesetze vom 13. Juli 1883 (entsprechend den §§ 70, 71 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869) kann ein später eingetragener Realgläubiger das voreingetragene Realrecht eines anderen Gläubigers anfechten, wenn es sich um den rechtlichen Bestand desselben handelt und nicht bloß die Legitimation des Gläubigers bestritten wird. Nr. 3809. An diesem Rechtsgrundsatze ist festzuhalten, bei seiner Anwendung jedoch zwischen der Anfechtung einer voreingetragenen Hypothek und einer Grundschuld zu unterscheiden. Aus den durch das E.E.G. vom 5. Mai 1872 nicht geänderten Vorschriften §§ 1, 12, I. 20 A.L.R. folgt, daß der später eingetragene Realgläubiger einer voreingetragenen noch nicht in die Hand eines redlichen Dritten gelangten Hypothek die Einrede der Ungültigkeit wegen Nichtbestehens der persönlichen Forderung entgegensetzen kann. Anders liegt die Sache in betreff der Grundschuld. Aus den §§ 18, 19, 27 E.E.G. folgt, daß die Grundschuld den Charakter eines Formalrechts, eines durch den Wert des Grundstücks gesicherten Summenversprechens ohne Rücksicht auf eine persönliche Forderung hat. Daraus ergiebt sich weiter, daß aus der Ungültigkeit des persönlichen Schuldverhältnisses nicht auch die Ungültigkeit der Grundschuld hergeleitet werden darf. Wenn nun auch die Grundschuld, ebenso wie die Hypothek, dem Zwecke dienen kann, eine persönliche Forderung zu sichern, so erscheint sie doch auch in diesem Falle von ihrem faktischen Bestande losgelöst als ein abstraktes rein dingliches Recht, welches, obwohl mit Rücksicht auf ein obligatorisches Recht entstanden und zu dessen Sicherung bestimmt, in sich aus selbständigem Grunde erwachsen ist. Vergl. § 52 Abs. 2 E.E.G. Demnach kann die Entscheidung des Berufungsrichters, welche die Ungültigkeit der Grundschuld der Beklagten aus der Ungültigkeit der Forderung ihres Rechtsvorgängers folgert, selbst dann nicht aufrecht erhalten werden, wenn man dem Kläger das Recht beilegen wollte, die Einrede der Simulation aus einem von ihm nicht mitgeschlossenen Rechtsgeschäfte zu erheben. Im vorliegenden Falle ist die Anfechtung nur auf Grund der vom Kläger behaupteten Simulation, nicht auch des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 erfolgt. Die formelle Bedingung zur Anwendung des § 40 E.E.G. vom 5. Mai 1872, Eintragung der Hypothek des Klägers im Wege der Zwangsvollstreckung, liegt hier vor. Materiell kann dagegen die Anfechtung nur dann für zulässig erachtet werden, wenn eines derjenigen Erfordernisse fehlt, von denen die Begründung der Grundschuld abhängt. Das sind nach den §§ 18, 19 E.E.G. die Eintragung derselben und die Bewilligung der Eintragung seitens des Eigentümers des Grundstücks. Die Einreden müssen den dinglichen Bestand des Realrechts betreffen, also dahin gehen, daß das eingetragene Recht nur eine Scheinexistenz habe. Nr. 2001. Wenn z. B. die Eintragung auf ein anderes als das verpfändete Grundstück erfolgt, wenn es ferner an der Bewilligung des Schuldners fehlt oder die Bewilligung von einer handlungsunfähigen Person erteilt ist, so kann der später eingetragene Gläubiger geltend machen, daß eine Belastung des Grundstücks, welche seiner Befriedigung aus den Kaufgeldern entgegenstehe, gar nicht vorliege. Sind derartige Mängel nicht vorhanden, wie hier, so kann der später eingetragene Gläubiger der vorzugsweisen Befriedigung des Dritten, für den eine Grundschuld voreingetragen ist, ebensowenig widersprechen, als er den Schuldner nach § 27 Abs. 2 E.E.G. zu hindern vermag, die für ihn, also ohne persönlichen Schuldgrund, eingetragene Grundschuld geltend zu machen.

Nr. 2003. II. Hilfs-Sen. 28. März 1881. V^a. 795. 80. Bd. 4, Nr. 86, S. 334.

Anwendbarkeit des § 39 E.E.G. vom 5. Mai 1872 auf nach der Cession fällig gewordene Zinsen. (Preuß. R.). Da der Inhalt des Grundbuches keine Garantie

dafür bietet, daß bereits fällige Zinsraten nicht schon getilgt sind, so kann für die Cession solcher Raten nicht der allgemeine Grundsatz, daß Jeder, der sich über ein aus dem Grundbuch erhellendes Recht im guten Glauben mit dem Berechtigten in Verhandlungen eingelassen hat, in dem erworbenen Recht geschützt werden muß, maßgebend sein, sondern es gelten für dergleichen Cessionen in betreff der Frage, welche Einreden sich der Cessionar entgegensetzen lassen müsse, die allgemeinen für nicht eingetragene Forderungen gegebene Vorschriften § 407, I. 11 und § 313, I. 16 A.L.R. Ganz anders dagegen verhält es sich mit den erst nach der Cession fällig werdenden Raten, also mit dem Zinsrecht. Die Existenz dieses Rechts geht, wenn die Forderung als eine verzinsliche eingetragen ist, allerdings aus dem Grundbuche hervor, und der öffentliche Glaube des Grundbuches muß in gleicher Weise für die erst nach der Cession fällig werdenden Zinsen wie für das Kapital entscheidend sein. Die landrechtlichen Grundsätze sind durch § 39 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 nicht geändert. Letzterer soll nur ausdrücken, daß der § 38 Abs. 2 das. auf cedierte Rückstände von Zinsen oder von sonstigen Jahresleistungen keine Anwendung findet.

Nr. 2004. I. Hilfs-Sen. 10. Dezember 1880. IVa. 106. 80. Bd. 3, Nr. 88, S. 326.

Übergang des Gläubigerrechts bei der Grundschuld. (Preuß. R.). Nach § 393, I. 11 A.L.R. ist weder die Aushändigung des Schuldinstrumentes noch die der Cessionserklärung an den Gläubiger notwendiges Erfordernis für den Übergang des Gläubigerrechts. Keine Anwendung indessen findet die Bestimmung des § 393 a. a. O. auf diejenigen Forderungsrechte, worüber Inhaberpapiere ausgestellt sind. Hier ist das Forderungsrecht an die Urkunde gebunden. Die letztere ist seine Verkörperung und der Übergang des Forderungsrechts vollzieht sich, wie der Eigentumsübergang einer körperlichen Sache, durch Tradition der Urkunde. In der Mitte zwischen beiderlei Forderungsrechten stehen die zumeist dem Handelsrechte angehörigen Forderungsrechte, deren leichtere Übertragbarkeit dadurch gesichert ist, daß die über sie ausgestellten Urkunden an Ordre lauten und durch Indossament begebbar sind. Dergleichen Urkunden können durch Blankoindossament die Natur der Inhaberpapiere insoweit annehmen, als sie solchenfalls eine Übertragung des Gläubigerrechts durch die Tradition der Urkunde gestatten. Aber, auch abgesehen von dieser Übertragbarkeit, hat, wenigstens bei der Wechselforderung, der Hauptrepräsentantin der oben gedachten Klasse von Forderungsrechten, die Urkunde, in der der formale Charakter des Vertrages zur Erscheinung gelangt, wegen dieser formalen Natur eine wesentlich andere Bedeutung für die Übertragung des Forderungsrechtes als eine gewöhnliche Schuldurkunde. Denn wenngleich eine Wechselforderung nicht bloß durch Indossament übertragen, sondern auch mit rechtlicher Wirkung cediert werden kann, so fällt doch eine solche Cession nicht in der Art unter die Bestimmung des § 393, I. 11 A.L.R., daß die Cessionserklärung allein ohne Übergabe der Urkunde den Cessionar zum Forderungsberechtigten machen kann. Vielmehr gehört zur Übertragung des Forderungsrechts neben der Cessionserklärung auch die Übergabe des Wechsels selbst. Für die Übertragung der Grundschuld ist die Form in den Gesetzen nicht ausdrücklich bestimmt. Diese ist aus der inneren Natur des Rechtsinstituts zu entnehmen. Während die Hypothek begriffsmäßig ein accessorisches Recht ist, ist die Grundschuld ein auf einem rein formalen Summenversprechen beruhendes Forderungsrecht, ein Formalrecht auf Leistung einer Summe, die dem Eigentümer desjenigen Grundstückes obliegt, dessen Wert zur Sicherung der Leistung eingesetzt und bei der die Haftung des Schuldners auf das für die Schuld eingesetzte Grundstück beschränkt ist. Daher ist eine Grundschuld ohne Ausstellung eines Grundschuldbriefes rechtlich unmöglich. In dem letzteren erhält die formale Natur des Rechts ihren Ausdruck. Dieser formalen Natur entspricht auch die Zulässigkeit der Übertragung der Grundschuld durch Blankoabtretung (§ 55 des Gesetzes über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872). Mit der letzteren ist die Möglichkeit gegeben, der Grund-

schuld, ebenso wie dem mit Blankoindossament versehenen Wechsel, die Natur eines Inhaberpapieres insofern zu verschaffen, als die Übertragung des Rechtes durch die bloße Tradition des mit Blankoabtretung versehenen Grundschuldbriefes möglich wird. Aber auch, wenn die Cessionsurkunde auf den Namen eines bestimmten Cessionars ausgestellt wird, nötigt die formale Natur der Grundschuld in ähnlicher Weise wie die des Wechsels zu der Annahme, daß zur Übertragung des Rechts nicht bloß die Cessionserklärung, sondern auch die Übergabe der Urkunde erforderlich ist. (Vergl. § 20 des cit. Gesetzes vom 5. Mai 1872). Nr. 1339. Nr. 2005.

Nr. 2005. V. Sen. 18. Dezember 1895. V. 187. 95. Bd. 37, Nr. 83, S. 316.

Abtretung einer Grundschuld ohne Aushändigung des Grundschuldbriefes. (Preuß. R.). Der Beklagte hat das Grundstück Nr. 28, dessen eingetragener Eigentümer er zur Zeit noch ist, von seiner Mutter, der Witwe B., käuflich erworben, nachdem die Verkäuferin für sich auf dem Grundstück eine zu 4 Prozent verzinsliche Grundschuld von 6000 Mk. hatte eintragen lassen. Der darüber lautende Grundschuldbrief befindet sich jetzt in den Händen des Beklagten, der ihn nach der Feststellung des Berufungsrichters aus dem Nachlasse seiner im Juni 1893 verstorbenen nicht von ihm, sondern allein von Frau R. geb. B. beerbten Mutter widerrechtlich an sich genommen hat. Hiernach hatte sich die Witwe B. noch zur Zeit ihres Todes im Besitze des Grundschuldbriefes befunden. Nach den §§ 18, 20, 27, 28, 37 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 war sie mithin als vollberechtigte Grundschuldgläubigerin anzusehen. In diese Rechtsstellung der Witwe B. ist die Frau R. infolge Erbganges eingetreten und die ihr hiernach zugefallenen Rechte konnten ihr auch nicht dadurch verloren gehen, daß sich der Beklagte eigenmächtig in den Besitz des Grundschuldbriefes setzte. Bei solcher Sachlage hätte die Frau R. gegen den Beklagten eine Klage auf Herausgabe des Grundschuldbriefes anstrengen können. Sie wäre aber auch berechtigt gewesen, ohne weiteres die dingliche Klage auf Zahlung der Grundschuldforderung zu erheben, und der den Grundschuldbrief widerrechtlich besitzende Beklagte würde dagegen nicht mit Erfolg haben geltend machen können, daß er nicht zu zahlen brauche, weil sich der Grundschuldbrief nicht in den Händen der Grundschuldgläubigerin befinde. Diese Rechte, die der Frau R. dem Beklagten gegenüber zustanden, konnte sie auch zum Gegenstande einer Cession machen. Dies ist insofern geschehen, als sie dem Kläger durch Cession vom 14. April 1894 denjenigen Restbetrag der fraglichen Grundschuldforderung abgetreten hat, der ihr nach der anderweit für zwei Gläubiger erfolgten Überweisung zweier Teilbeträge noch in Höhe von 4736,30 Mk. freigeblieben war. Überdies hat sie in einer späteren notariell beglaubigten Erklärung vom 20. Februar 1895 ausdrücklich anerkannt, daß sie durch jene Cession dem Kläger alle ihr gegen den Beklagten zustehenden Ansprüche, namentlich auch die auf Herausgabe des Grundschuldbriefes habe übertragen wollen. Hiernach und da die Kündigung des abgetretenen Betrages bereits am 18. April 1894 erfolgt ist, muß die vom Kläger dahin erhobene Klage, den Beklagten zu verurteilen, an ihn 4736,30 Mk. nebst 4 Prozent Zinsen seit 4. April 1894 und 75 Pf. Kündigungskosten zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück Nr. 28 zu zahlen, in Übereinstimmung mit dem Berufungsrichter an sich für gerechtfertigt erachtet werden. Mit dieser Auffassung stehen die Urteile in den Fällen Nr. 2004, Nr. 1339, welche anders geartete Fälle betrafen, nicht in Widerspruch. Aus den in jenen Urteilen entwickelten Gründen muß auch im vorliegenden Falle daran festgehalten werden, daß zur vollwirksamen Übertragung des dinglichen Rechts der Grundschuld nicht bloß die Cessionserklärung des bisherigen Grundschuldgläubigers, sondern auch die Übergabe des Grundschuldbriefes erforderlich ist. Hieraus darf aber nicht gefolgert werden, daß die Cession einer Grundschuldforderung gänzlich unwirksam sei, wenn und solange die Aushändigung des Grundschuldbriefes an den Cessionar nicht bewirkt werden kann. Aus jenem leitenden Grundsatze ergiebt sich

nur, daß nicht alle Rechte, die einem Grundschuldgläubiger nach dem Gesetze zustehen, durch die bloße Cessionserklärung übertragen werden können, sondern daß es zum vollen Erwerbe des dinglichen Grundschuldrechts noch außerdem der Übergabe des Grundschuldbriefes bedarf. Insbesondere steht dem Cessionar, der sich im Besitze des Grundschuldbriefes noch nicht befindet und der daher das Verfügungsrecht eines Grundschuldgläubigers (im Sinne des § 20 E.E.G.) noch nicht erlangt hat, die Vorschrift des § 38 E.E.G. nicht zur Seite. Vielmehr kann ein solcher Cessionar nur für berechtigt erachtet werden, die ihm abgetretenen Rechte, unbeschadet der dem Schuldner erwachsenen Einreden, unter denselben Voraussetzungen und in demselben Umfange geltend zu machen, wie dies seitens des Cedenten selbst hätte geschehen können. Für den vorliegenden Fall ergiebt sich hieraus, daß die Rechtslage des Beklagten durch die von Frau N. erklärte Cession bei dem Mangel einer an den Kläger erfolgten Übergabe des Grundschuldbriefes nicht verändert worden ist und daß der Beklagte also seine Einwendungen gegen die Gültigkeit oder den Rechtsbestand der Grundschuld, die er auf eine Klage der Frau N. geltend machen durfte, auch deren Cessionar, dem Kläger, unmittelbar entgegenstellen kann.

Nr. 2006. V. Sen. 26. Oktober 1887. V. 178. 87. Bd. 19, Nr. 55, S. 295.

Irrtümliche Löschung einer Hypothek. (Preuß. R.). Durch eine aus Versehen des Grundbuchamtes erfolgte Löschung einer Hypothek wird das Hypothekenrecht selbst nicht aufgehoben; es besteht vielmehr fort und wird durch Wiedereintragung der Hypothek nicht von neuem begründet, sondern nur wieder erkennbar gemacht. Der § 57 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 steht mit den §§ 524, 526, I. 20 A.L.R. nicht in Widerspruch und läßt ihre Geltung unberührt. Nr. 1993. Die Beschlagnahme eines Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren verleiht dem betreibenden Gläubiger kein Pfandrecht, überhaupt kein Recht am Grundstücke im Sinne des § 118 der G.B.O. vom 5. Mai 1872. In § 118 a. a. O. sind unter den „Rechten an dem Grundstücke", deren redliche Erwerber durch die Wiedereintragung der gelöschten Post nicht benachteiligt werden sollen, nur dingliche Rechte zu verstehen. Bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, welche sich durch die Pfändung vollzieht, wird das dadurch nach § 709 C.P.O. entstehende Pfandrecht durchaus nach den allgemeinen Grundsätzen der Entstehung des Faustpfandes und des Forderungsrechts begründet dergestalt, daß zu dem Titel zum Pfandrecht, womit die vollstreckbare Forderung ausgestattet ist, die körperliche Besitzergreifung (§ 712 C.P.O.) bezw. das Verbot an den Drittschuldner (§ 730 a. a. O.) als Erwerbsart hinzutritt. Hierauf läßt sich das Pfandrecht zurückführen, welches nach § 143 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 im Falle der Zwangsverwaltung der betreibende Gläbiger des Grundstücks erlangt. Dagegen würde die Annahme, daß durch die Beschlagnahme des Grundstückes zum Zwecke der Zwangsversteigerung dem betreibenden Gläubiger ein Pfandrecht an dem Grundstücke erwachse, mit den Grundsätzen über die Begründung von Pfandrechten an Grundstücken überhaupt in Widerspruch stehen. § 18 E.E.G. § 12 G.B.O. Die Eintragung des Versteigerungsvermerkes (§ 18 des Gesetzes vom 13. Juli 1883) in der zweiten Abteilung des Grundbuches dient nur dazu, die Thatsache, daß die Zwangsversteigerung beantragt ist, kundbar zu machen, wodurch die Wirkungen der Beschlagnahme gegenüber dritten Erwerbern gesichert werden (§§ 17, 18 Abs. 2 des Gesetzes vom 13. Juli 1883). Wenn dennoch für den betreibenden Gläubiger ein eigenartiges gesetzliches Pfandrecht hätte geschaffen werden sollen, hätte dies, was nicht geschehen ist, im Gesetze ausdrücklich erklärt werden müssen. Nr. 255. Das Vorzugsrecht des betreibenden Gläubigers bei Verteilung der Kaufgelder ist lediglich eine Folge der mit der Beschlagnahme zu Gunsten des Gläubigers eintretenden Beschränkung des Eigentümers in der Verfügung über das Grundstück (§ 17 Abs. 2, § 18 Nr. 1 des Gesetzes vom 13. Juli 1883). Der betreibende Gläubiger, wenn er nicht zugleich von der Befugnis Gebrauch macht,

seine vollstreckbare Forderung eintragen zu lassen und ihr dadurch ein Pfandrecht zu verschaffen, muß die zur Zeit der Beschlagnahme an sich gültig bestehenden dinglichen Rechte gegen sich gelten lassen, auch wenn sie sich aus dem Grundbuche nicht ergeben. Er muß das zu Unrecht gelöschte Hypothekenrecht, dessen Wiedereintragung einen Neuerwerb und überhaupt eine Disposition des Eigentümers (Schuldners) oder aus dessen Rechte nicht darstellt, gegen seine nicht eingetragene Forderung gelten lassen, wie wenn sie nicht gelöscht wäre. Nr. 3710.

Nr. 2007. V. Sen. 17. Oktober 1885. V. 114. 85. Bd. 14, Nr. 72, S. 273.

Gültigkeit einer ohne Angabe der Bedingungen der Rückzahlung eingetragenen Grundschuld. (Preuß. R.). Das Fehlen der Angabe der Bedingungen der Rückzahlung macht die Eintragung der Grundschuld nicht wirkungslos. Der § 23 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 bezieht sich direkt nur auf die Eintragungs b e w i l l i g u n g. Die Vorschrift darüber, was der Grundbuchrichter eintragen soll, findet sich in § 43 der G.B.O. vom 5. Mai 1872. Eine gesetzliche Bestimmung, welche die Folge feststellt, wenn der Grundbuchrichter die Weisung in Abs. 3 des cit. § 43 G.B.O. nicht beachtet, existiert nicht. Die Angabe solcher Nebenbestimmungen in der Eintragungsbewilligung und in der Eintragungsformel wird nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit gefordert. Es handelt sich dabei nur um eine instruktionelle Vorschrift, auf deren Beobachtung nach Lage des Falles der Grundbuchrichter zu halten hat, deren Nichtbeobachtung aber das Eingetragene nicht ungültig macht. Das das Gesetz beherrschende Prinzip der Spezialität verlangt, daß der Geldbetrag, für den das Grundstück haften soll, in seinem höchsten Umfange erkennbar gemacht wird, damit spätere Gläubiger, deren Kredit in Anspruch genommen wird, die Sicherheit berechnen können. Für diese Berechnung ist der Zeitpunkt der Fälligkeit einer voreingetragenen Hypothek oder Grundschuld ohne jede Bedeutung.

d) **Hypothek des Eigentümers.**

Nr. 2008. V. Sen. 10. Februar 1894. V. 276. 93. Bd. 32, Nr. 76, S. 308.

Voraussetzungen der Eigentümerhypothek. Rechtliche Natur der Löschungsbewilligung. §§ 63, 64 des E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Zur Bebauung seines Grundstücks hat S. mit der Grundkreditbank einen Vertrag über die Darleihung von Baugeldern abgeschlossen und für diese auf jenem Grundstücke in Abt. III unter Nr. 2 eine Darlehenshypothek von 160000 Mk. eintragen lassen. Als vor Fertigstellung des Baues die Mittel des S. erschöpft waren, verabredete er am 4. November 1890 mit den Personen, die zu dem Bau geliefert hatten, daß sie weiter liefern und er ihnen seine Ansprüche an die Grundkreditbank auf Zahlung von Baugeldern abtreten solle. Zugleich wurde P. von den Gläubigern des S. mit Wahrnehmung ihrer Rechte beauftragt. Als dann die Grundkreditbank wegen des zu geringen Feuerkassenwerts des Hauses den Betrag von 160000 Mk. nicht voll auszahlen wollte, verpflichtete sich S. am 9. Februar 1891, den dadurch frei werdenden Teil der Hypothek an einen seiner Baugläubiger unmittelbar und an P. als Vertreter der übrigen Gläubiger abzutreten. Die Grundkreditbank hat nur 145000 Mk. gezahlt und dem S. am 10. Juni 1891 eine Löschungsbewilligung wegen des Restes von 15000 Mk. erteilt. S. trat am 25. Juni 1891 von diesem Reste 12000 Mk. an P. für die von ihm vertretenen Gläubiger und 3000 Mk. direkt an einen Gläubiger ab. P. trat die ihm cedierte Teilhypothek von 12000 Mk. am 21. März 1892 in verschiedenen Teilbeträgen an die Gläubiger und zwar im Betrage von 3493,56 Mk. an die mitbeklagte Handelsgesellschaft P. & H. ab. Im Januar 1892 wurde auf Antrag des Klägers, der eine auf dem Grundstücke des S. in Abt. III unter Nr. 3 eingetragene Hypothek von 25000 Mk. erworben hatte, die Zwangsversteigerung dieses Grundstücks eingeleitet. Bei der Kaufgelderverteilung liquidierten die Baugläubiger des S. auf die Hypothek Nr. 2 die ihnen von P. cedierten Beträge und kamen damit voll zur Hebung. Dadurch erlitt

der Kläger bei seiner Hypothek Nr. 3 einen Ausfall von 3809,30 Mk. Infolgedessen hat er Widerspruch gegen den Teilungsplan erhoben, soweit darin die 13 Baugläubiger des S. zur Befriedigung vor ihm angesetzt sind, und klagend beantragt, seinen Widerspruch in Höhe von 3809,30 Mk. für begründet zu erklären und die 13 Baugläubiger zur Bewilligung der Auszahlung dieses Betrages aus der hinterlegten Streitmasse zu verurteilen. Durch die Urteile erster Instanz ist der Streit bis auf den Widerspruch gegen das Liquidat der Handelsgesellschaft P. & H. von 3493,56 Mk. rechtskräftig erledigt, der zurückgewiesen ist. Der Kläger hat nur gegenüber P. & H. Berufung eingelegt. Durch das Berufungsurteil ist der vom Kläger in Höhe von 3809,30 Mk. gegen die von P. & H. auf das Kaufgeld gemachten Ansprüche erhobene Widerspruch für begründet erklärt und die Anfertigung eines neuen Verteilungsplans angeordnet. Die Revision der beklagten Handelsgesellschaft P. & H. ist zurückgewiesen. Da nach der unangefochtenen Feststellung des Berufungsgerichts P. sowohl als auch die Beklagte bei den Cessionen vom 25. Juni 1891 und vom 21. März 1892 mit dem wahren Sachverhalte bekannt gewesen sind, wonach die Hypothek Nr. 2 in der Hand der Grundkreditbank wegen Mangels der Valutazahlung zum Teilbetrage von 15000 Mk. keine rechtliche Existenz erlangt hat, so hat die Beklagte keinen Anspruch auf den Schutz des § 38 E.E.G. Es fragt sich also nur, ob S. in der Lage war, über jenen Hypothekenteil wirksam zu verfügen, weil dieser auf ihn als Eigentümer des Pfandgrundstücks von der Grundkreditbank als der eingetragenen Gläubigerin der Hypothek übergegangen war. Dies ist zu verneinen. Nach den Bestimmungen der §§ 63, 64 E.E.G. und der konstanten Judikatur der obersten Gerichtshöfe entsteht das Recht des Eigentümers, über eine Post zu verfügen, abgesehen von den Fällen der §§ 65, 66 E.E.G., nur dadurch, daß der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, daß er die Post also durch Zahlung oder in anderer Weise tilgt. Diesem Erfordernisse der sogen. Eigentümerhypothek, an dem auch in den §§ 1094 ff. des Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuches festgehalten wird, ist hier nicht genügt. Ein Erwerb des Hypothekenteils von 15000 Mk. für S. konnte sich nicht vollziehen, weil die Grundkreditbank in Höhe von 15000 Mk. überhaupt keine Forderung an S. hatte, es also an einem Rechtsgrunde für den Erwerb fehlte, was auch auf den Fall zuträfe, wenn S. von der Grundkreditbank statt der Löschungsbewilligung Cession oder Quittung erhalten hätte. Der Hypothekenteil der 15000 Mk. konnte aber auch deshalb nicht auf S. übergehen, weil die Hypothek insoweit wegen Mangels einer rechtsgültigen Forderung keinen Bestand hatte. Die accessorische Natur der Hypothek erfordert, daß durch die Hypothek eine rechtsbeständige Forderung gesichert ist. Fehlt es an einer solchen, so ist kein Hypothekenrecht entstanden. Durch ihre Eintragung im Grundbuche gewinnt eine nicht bestehende Forderung keine Realität. Der Eigentümer kann durch die ihm vom Gläubiger erteilte Quittung, Löschungsbewilligung oder Cession nicht mehr erwerben, als dem Gläubiger, in dessen Rechte er eintreten will, gebührt. Ist also die Hypothek in der Hand des Gläubigers nicht zur Entstehung gelangt, so ist kein Recht vorhanden, das zur Verfügung des Eigentümers kommen kann. Die dem Eigentümer vom Gläubiger erteilte Quittung u. s. w. ist in solchem Falle nicht geeignet, ihn als neuen Gläubiger der Hypothek zu legitimieren, sondern kann nur zur Löschung der Hypothek, zur Beseitigung ihrer Scheinexistenz im Grundbuche führen. Die Beklagte kann ihr Hypothekenrecht nicht auf die von ihr bezogenen Urteile des Reichsgerichts stützen. In einem Falle, wo der eingetragene Gläubiger, der eine persönliche Schuld des Eigentümers auch nachträglich nicht durch Zahlung der Darlehensvaluta begründen wollte, auf Anweisung des Eigentümers einem Dritten seine Rechte aus der Eintragung abgetreten und dieser dann dem Eigentümer die noch ausstehende Valuta gezahlt hatte, hat das Reichsgericht angenommen, durch die Cession sei das Recht des ursprünglichen Gläubigers, die Hypothek nachträglich durch Zahlung der Valuta zu einer rechtsgültigen zu machen, auf den Cessionar übergegangen und durch dessen Zahlung habe die Hypothek rechtlichen Bestand gewonnen. Nr. 1996. Ein Fall

dieser Art liegt hier nicht vor. In einem anderen Falle, wo der eingetragene Gläubiger einer Darlehenshypothek von 20000 Mk. die Valuta nicht gezahlt, aber auf Anweisung des Eigentümers einem Dritten 8000 Mk. zur Sicherheit für dessen gleich hohe Holzlieferungsforderung an den Eigentümer abgetreten hatte, hat das Reichsgericht dem Dritten ein wirksames Hypothekenrecht zugesprochen, weil die anfangs ungültige Hypothek durch die Unterlegung der nachträglich entstandenen Kaufgelderforderung rechtlichen Bestand gewonnen habe und weil eine unrichtige Bezeichnung des Schuldgrundes die Wirksamkeit der Hypothek nicht beeinträchtige. Wird auch an dieser Entscheidung, die nicht unangefochten geblieben ist, festgehalten, so würden die Baugläubiger des S., und darunter die Beklagte, ein wirksames Hypothekenrecht für ihre Forderungen an der Stelle des von der Grundkreditbank bis zum Betrage von 15000 Mk. nicht ausgezahlten Darlehens nur dann erlangt haben, wenn die Grundkreditbank auf Anweisung des S. dem P. als Vertreter der Baugläubiger seine Rechte bezüglich des Betrages von 15000 Mk. abgetreten hätte; dann würde das Recht der Grundkreditbank auf Ausfüllung der Hypothek auf die Baugläubiger übergegangen sein, und diese wären berechtigt gewesen, mit S. die Einschiebung ihrer Forderungen in den cedierten Teil der Hypothek zu vereinbaren. Diesen Weg haben die Baugläubiger jedoch nicht eingeschlagen, und in der von ihnen beliebten Weise, mit Hilfe des Instituts der Eigentümerhypothek, konnten sie den gleichen Erfolg nicht erzielen. Welche Folgen eingetreten sein würden, wenn die Grundkreditbank ihre Rechte an S. abgetreten und dieser dann den Hypothekenteil an P. für die Baugläubiger unter Vereinbarung der Unterlegung ihrer Forderungen unter den Hypothekenteil cediert hätte, bedarf keiner Erörterung, da die Cession an S. seitens der Grundkreditbank nicht erfolgt ist. Die Meinung der Beklagten, die von der Grundkreditbank dem S. erteilte Löschungsbewilligung stehe nach §§ 63, 64 E.E.G. einer Cession zum mindesten gleich, ist irrig; denn durch diese Bestimmungen ist keineswegs allgemein der Unterschied zwischen Löschungsbewilligung und Cession beseitigt, sondern es sind darin Quittung, Löschungsbewilligung und Cession nur für den besonderen Fall als gleichwertige Legitimationsurkunden behandelt, wo der Eigentümer durch Befriedigung des Gläubigers die Verfügung über die Post erhalten hat. Dies trifft hier aber nicht zu. Die dem S. erteilte Löschungsbewilligung hatte daher nicht die Bedeutung und Wirksamkeit einer Cession, vielmehr konnte sie ihrem Inhalt entsprechend nur zur Löschung des nicht existent gewordenen Hypothekenteils verwendet werden. Die Theorie ferner, daß die vom Gläubiger infolge von Nichtzahlung der Valuta unausgefüllt gelassene Hypothekenstelle dem Eigentümer zur Verfügung stehe und von diesem mit einer anderen Forderung besetzt werden könne, findet im preußischen Recht keinen Anhalt. Die Ansicht der Beklagten endlich, durch die Eintragung des Baugelderdarlehens sei bereits eine gültige Hypothekenforderung entstanden, ist mehrfach vom Reichsgericht zurückgewiesen. Das Wesen des Baugeldervertrages besteht darin, daß sich der Gläubiger verpflichtet, dem Grundeigentümer Geldmittel behufs Errichtung von Gebäuden herzugeben oder zu beschaffen, und zwar in der Weise, daß die Mittel je nach dem Fortschreiten des Baues gewährt werden und daß durch Schlußrechnung deren Höhe festgestellt wird. Ist, wie es in der Regel zu geschehen pflegt und auch hier geschehen ist, zur Sicherheit des Baugeldgebers eine unbedingte verzinsliche Darlehenshypothek gleich bei Abschluß des Vertrages eingetragen, so erhält die Hypothek erst durch die Zahlung der Baugelder Wirkung und erst mit diesem Zeitpunkt tritt die Haftung des Pfandgrundstückes für die Forderung nebst Zinsen ein.

Nr. 2009. I. Hilfs-Sen. 17. Dezember 1880. IV[a]. 325. 80. Bd. 3, Nr. 76, S. 266.

Eigentümerhypothek an nicht existent gewordenen eingetragenen Forderungen. (Preuß. R.). Bei hypothekarischen Forderungen tritt durch die bloße Vereinigung ihres Eigentums mit dem Eigentümer des verpflichteten Grundstücks die Wirkung der Konfusion nicht ein, vielmehr sind dessenungeachtet die Forderungen als fortbestehend zu

erachten. Der Besitzer des Grundstücks muß als Eigentümer solcher Forderungen gedacht werden mit der Einschränkung, daß die Hypothek des Eigentümers erst in dem Momente wirksam wird, wo sich das Recht des Eigentümers und das des Hypothekengläubigers trennen. § 484, I. 16 A.L.R. Anh. § 52. Deklaration vom 3. April 1824. Das Wesen der Eigentümerhypothek hat durch das Gesetz über Grundeigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872 eine Änderung nicht erfahren. §§ 19. 38. 52. 62—66 des Gesetzes. Nach Lage der Gesetzgebung muß aber angenommen werden, daß, abgesehen von den Fällen der §§ 65 und des 66. Gesetzes vom 5. Mai 1872, die Hypothek des Eigentümers nur dann entsteht, wenn 1, eine gültige Forderung, die durch die Hypothek hat gesichert werden sollen, bestanden, 2, der Grundstückseigentümer diese Forderung bezahlt oder sonst getilgt und von dem bisherigen Hypothekengläubiger Cession oder Quittung oder Löschungsbewilligung erlangt hat.

Nr. 2010. I. Hilfs-Sen. 18. April 1882. VI$^{a.}$ 534. 81. Bd. 7, Nr. 64, S. 217.

Vereinigung der Hypothek und des Grundstücks in einer Hand. (Preuß. R.). Die Vereinigung der Hypothek und des Pfandgrundstücks in einer Person wirkt rechtlich nicht die Aufhebung der der Hypothek zum Grunde liegenden persönlichen Schuldforderung wirkt. Der Hypothek ist, trotz des Strebens, sie im Anschlusse an das bestehende Recht (Anh. § 52 A.L.R., Deklaration vom 3. April 1824) nach der Richtung der Selbständigkeit weiter zu entwickeln (§§ 63—66 des E.E.G. vom 5. Mai 1872), der Charakter eines accessorischen Rechts bewahrt worden (§ 19 des letzteren Gesetzes und §§ 1. 11. 12, I. 20 A.L.R.). Dies Moment ist entscheidend für die Beurteilung der Frage, ob im Falle des Zusammentreffens von Hypothekenforderung und Eigentum des Pfandobjektes in derselben Hand, bei dem vom Gesetze ausdrücklich anerkannten Fortbestehen des Hypothekenrechtes, auch die persönliche Schuldforderung, obschon während der Fortdauer der Vereinigung ruhend, nach deren Aufhebung mit aller rechtlichen Wirkung als fortbestehend wieder in Aktion tritt. Diese Frage ist zu bejahen.

Nr. 2011. III. Hilfs-Sen. 21. April 1880. V$^{b.}$ 369. 79. Bd. 2, Nr. 58, S. 206.

Hypothek des Eigentümers. (Preuß. R.). Die Grundsätze, welche im § 52 Anh. zum A.L.R. und in der Deklaration vom 3. April 1824 bezüglich der Hypothek des Grundeigentümers aufgestellt werden, haben in den §§ 63—66 des Gesetzes über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872 keine wesentliche Änderung, vielmehr nur eine folgerichtige Weiterentwickelung gefunden. Wird eine teilweise Tilgung einer Hypothekenschuld von dem Grundeigentümer herbeigeführt, so steht bei der Verteilung der Kaufgelder des Grundstücks dieser abgetragenen Teilforderung gleiches Recht wie der Restforderung des Gläubigers auch dann zu, wenn der Schuldner zu Ratenzahlungen durch Vertrag verpflichtet war. Die Vorschriften der §§ 150 ff. I. 16 A.L.R. beziehen sich nur auf den Fall, wenn der Zahlende dem Empfänger aus „mehreren Forderungen" verhaftet ist, was hier nicht zutrifft.

Nr. 2012. IV. Sen. 17. Januar 1889. IV. 272. 88. Bd. 23, Nr. 40, S. 189.

Eigentum der auf einem vermachten Grundstücke eingetragenen vom Erblasser als Eigentümer bezahlten Hypothek. (Preuß. R.). Nach § 64 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 ist die Quittung und Löschungsbewilligung lediglich Legitimationsurkunde. Das Gläubigerrecht an der getilgten Post erwirbt der Grundstückeigentümer schon durch die Zahlung. Nr. 3805. Dies vererbliche Gläubigerrecht bildete einen Bestandteil der Erbschaft; denn es war kein bloß an der Person des Erblassers haftendes Recht (§§ 350, 360, I. 9 A.L.R.); es wurde daher von dem Beklagten als Erben mit der Erbschaft erworben (§§ 367, 368 a. a. O.), unabhängig von dem Erwerbe des dem Kläger vermachten Grundstückes seitens dieses Vermächtnisnehmers. Grundstück und Hypothek

bilden vielmehr zwei verschiedene Vermögensstücke, von denen nur das eine, das Grundstück, vermacht ist. Der Kläger untersteht daher der Vorschrift des § 325, I. 12 A.L.R. Demnach ist die Annahme des Berufungsrichters, nach gesetzlicher Vorschrift sei die von dem Erblasser als Eigentümer des dem Kläger vermachten Grundstückes bezahlte Hypothek auf den Beklagten als Erben übergegangen, richtig. Auch die Annahme des Berufungsrichters, das Testament stehe dem gesetzlichen Erbrechte des Beklagten nicht entgegen, bietet keinen Revisionsgrund. Das Testament legt er dahin aus, daß es einen Willen des Erblassers, die Hypothek dem Kläger zuzuwenden, nicht erkennen lasse, und bei dieser Sachlage legt er das entscheidende Gewicht auf die Vorschrift des § 520, I. 12 A.L.R. Es bleibt daher bei der Vorschrift des § 368, I. 9 A.L.R., wonach der Erbe das Eigentum der Erbschaft nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten erwirbt. Der § 520 a. a. O. ist richtig angewendet.

Nr. 2013. III. Hilfs-Sen. 25. Februar 1880. V^b. 136. 79. Bd. 1, Nr. 132, S. 368.

Eigentümerhypothek. (Preuß. R.). Wenn angenommen ist, daß bei Pfandbriefsschulden jeder Gutsbesitzer persönlich an dem „amortisierten" Kapitale für denjenigen Anteil berechtigt ist, der den von ihm während seiner Besitzzeit gezahlten Amortisationsraten entspricht, so beruht dies auf der Erwägung, daß die Zahlung der Amortisationsraten den Zweck hat, das Pfandbriefskapital zu tilgen. Soweit der Gutsbesitzer mit demselben das Kapital getilgt hat, finden auf ihn die Grundsätze von der Eigentümerhypothek, Anh. § 52 zum A.L.R., §§ 63 ff. des Eigentumserwerbgesetzes vom 5. Mai 1872, Anwendung. Ganz anders liegt es bei den „eigentümlichen Fonds" (der alten Posener Landschaft). Zwar hatten die Gutsbesitzer außer den Zinsen und der Amortisationsrate noch ein viertel Prozent des Pfandbriefkapitales jährlich zu zahlen, nicht aber zum Zwecke der Tilgung des Kapitales, sondern zur Bestreitung der Verwaltungskosten. Was zu letzteren nicht verwendet wurde, floß in den Fonds, und es hatten die Gutsbesitzer keinen rechtlichen Anspruch auf Rückzahlung. Zweck des Fonds war, Zinsrückstände vorschußweise zu berichtigen und unvermutete Ausfälle zu decken. Hiernach ist es nicht erfindlich, auf welchen Rechtstitel der Gutsbesitzer einen persönlichen Anspruch auf den Fonds aus dem Umstande, daß aus seinen ein viertel Prozent-Beiträgen etwas in denselben geflossen oder daß er zur Zeit der Abzahlung der Pfandbriefsschuld Eigentümer des Gutes war, herleiten könnte.

Nr. 2014. V. Sen. 19. September 1896. V. 59. 96. Bd. 38, Nr. 60, S. 222.

Verfügung des Eigentümers des Pfandgrundstückes über eine von seinen Vorbesitzern getilgte Hypothek. (Preuß. R.). Auf dem Grundstücke W. 46 ist in Abt. III unter Nr. 2 eine Darlehenshypothek von 19000 Mk., rückzahlbar seit 1880 in jährlichen Raten von 300 Mk., eingetragen. Eigentümer des Grundstücks waren bis 1886 E., dann L. und seit Ende 1889 Frau J. Im Jahre 1892 ist es im Zwangsversteigerungsverfahren dem Kläger zugeschlagen, der seitdem als Eigentümer eingetragen ist. Die Hypothek war zu ihrem ganzen Betrage für die Versicherungsgesellschaft T. eingetragen. Der Beklagte hat im März 1892 wegen einer ihm gegen Frau J. zustehenden vollstreckbaren Forderung von 1956,69 Mk. nebst Zinsen und Kosten den dieser angeblich gegen die Versicherungsgesellschaft T. gebührenden Anspruch auf Abtretung der Hypothek Nr. 2 in Höhe von 2503,44 Mk. pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Demnächst hat die Versicherungsgesellschaft T., obwohl Frau J. während ihres Eigentumsbesitzes am Pfandgrundstücke auf die Hypothek an Kapital in Wirklichkeit nur 326,61 Mk. abgezahlt hatte, dem Beklagten durch Urkunde vom 20. Mai 1892 jenen Teilbetrag nebst Zinsen abgetreten, indem sie bekannte, denselben von Frau J. gezahlt erhalten zu haben. Nachdem dies Frau J. genehmigt hatte, ist der Teilbetrag von 2503,44 Mk. nebst Zinsen unter Bildung eines Zweigdokuments für den Beklagten im Grundbuche umgeschrieben. Bei der Zwangsversteigerung des Pfandgrundstückes hat der Kläger

als Ersteher die Teilhypothek des Beklagten übernommen. Bei der Kaufgelderbelegung hat er jedoch gegen das zur Hebung gelangende Liquidat des Beklagten von 2503,44 Mk. und Zinsen Widerspruch erhoben, weil die Cession vom 20. Mai 1892 ungültig sei und der bestrittene Betrag ihm zugeteilt werden müsse. Infolgedessen hat der Vollstreckungsrichter die Übernahme der Teilhypothek des Beklagten nur unter der Bedingung für vollzogen erklärt, daß der Widerspruch des Klägers beseitigt werde. Der Kläger hat die Widerspruchsklage zwar rechtzeitig erhoben, deren Erhebung aber dem Vollstreckungsgericht nicht innerhalb der einmonatigen Frist nachgewiesen. Bei der Fortsetzung des Verteilungsverfahrens ist deshalb ohne Widerspruch der Beteiligten die Teilhypothek als eine dem Beklagten zustehende für unbedingt vom Kläger übernommen erklärt. Der Kläger hat später dem Beklagten den von der Frau J. während ihrer Besitzzeit abgetragenen Betrag der Hypothek mit 326,61 Mk. nebst Zinsen gezahlt und löschungsfähige Quittung darüber erhalten. Er nimmt auch den Restbetrag der Teilpost für sich in Anspruch, indem er für sein besseres Recht geltend macht, daß die früheren Eigentümer E. und L. diesen Betrag im Wege der vertragsmäßigen Amortisation zurückgezahlt haben, daß er am 1. Dezember 1893 durch Zahlung an E. und L. an deren Stelle getreten sei und daß Beide in der ihm gegen diese Zahlung ausgehändigten Urkunde vom 1. Dezember 1893 die Löschung der Teilpost bewilligt haben. Nachdem der erste Richter den Beklagten verurteilt hatte, anzuerkennen, daß ihm an dem streitigen Hypothekenteile kein Recht zustehe, hat der Kläger sich der Berufung des Beklagten mit den Anträgen angeschlossen, den Beklagten zu verurteilen, prinzipaliter anzuerkennen, daß er der Berechtigte zu dem Restbetrage von 2176,82 Mk. und Zinsen der Teilpost nicht sei und auch am 30. Juni 1892, dem Tage der Kaufgelderbelegung, nicht gewesen sei, und in die Löschung des Restbetrages, eventuell in die Löschung des Vermerkes der Umschreibung auf ihn bezüglich der 2176,83 Mk. zu willigen, eventuell diesen Betrag der Versicherungsgesellschaft T. zurückzucedieren, eventualissime diesen Betrag nebst Zinsen an E. und L. abzutreten. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Der Revision des Klägers ist stattgegeben. Nach § 64 E.E.G. erlangt der Eigentümer des Pfandgrundstücks das Recht der Verfügung über die Hypothek insoweit, als er diese abgezahlt hat. Es steht nichts entgegen, daß der Eigentümer das von ihm durch Zuschlag erworbene Recht auf die Hypothek beim Verkaufe des Pfandgrundstückes auf den Käufer als Teil des Kaufgegenstandes überträgt. Dazu bedarf es aber einer besonderen Verabredung. Kann der Beklagte, wozu ihm bei der anderweitigen Verhandlung Gelegenheit gegeben wird, nachweisen, daß E. sein Recht auf den von ihm abgezahlten Teil der Hypothek bei der Veräußerung des Grundstückes an L., und daß dieser das Recht des E. sowie sein eigenes durch Amortisation erworbenes Recht an Frau J. mit dem Grundstücke abgetreten hat, so ist damit die Berechtigung der Letzteren zur Verfügung über den ganzen amortisierten Betrag der Hypothek durch die Cession vom 20. Mai 1892 dargethan. Damit würde der Klaganspruch beseitigt sein. Da der Kläger bisher eine genügend bestimmte Behauptung in dieser Beziehung nicht vorgebracht hat, so verbleibt es in der Revisionsinstanz bei dem obigen Rechtssatze für die Beurteilung des übrigen Sachverhalts. Es darf unterstellt werden, daß der streitige Betrag von 2176,83 Mk. von den Voreigentümern E. und L. des Pfandgrundstückes während ihrer Besitzzeit auf die Hypothek Nr. 2 der 19 000 Mk. abgezahlt ist; die Frau J. hat während ihrer Besitzzeit darauf unstreitig nur 326,61 Mk. gezahlt. Das Verfügungsrecht über jene 2176,83 Mk. haben demnach E. und L. erlangt, während der Frau J. das gleiche Recht nur über 326,61 Mk. zukam, so daß mit rechtlicher Wirkung ein jeder dieser Vorbesitzer nur über den ihm gebührenden Betrag der Hypothek durch Cession verfügen konnte. Die Cession vom 20. Mai 1892, wodurch die Versicherungsgesellschaft T. als eingetragene Gläubigerin der Hypothek an Stelle und mit Genehmigung der Frau J. über deren Recht hinaus dem Beklagten den Betrag von 2503,44 Mk. abgetreten hat, entbehrt folglich, da die Cession nicht auf eigenem Rechte der T. beruht,

der rechtlichen Geltung bezüglich des Betrages der streitigen 2176,83 Mk. Da dem Beklagten neben der Pfändung und Überweisung des Anspruches der Frau J., welche Akte auch nur bezüglich des der Frau J. zustehenden Anteiles an der Hypothek Wirkung erlangen konnten, nur die erwähnte Cession zur Seite steht, nicht aber auch ein Rechtsakt, mittels dessen E. und L. ihr auf die Hypothek erworbenes Recht an den Beklagten übertragen haben, so beschänkt sich das Recht des Beklagten aus der Cession auf den in dem Gesamtbetrage von 2503,44 Mk. enthaltenen von der Frau J. abgezahlten Betrag von 326,61 Mk. Nur zu diesem Betrage kann der Beklagte dem Kläger das ihm auf die Hypothek erworbene Recht entgegenstellen. Der Kläger ist aber nur dann berechtigt, dies geltend zu machen, wenn ihm ein eigenes Recht auf die streitigen 2176,83 Mk. zusteht; anderenfalls ist er mangels eines Interesses zur Erhebung des Anspruches nicht legitimiert. Zur Legitimation des Klägers genügt es, daß er die Rechte des E. und des L. durch Zahlung von 2176,83 Mk. an sie erworben und von ihnen die Löschungsbewilligung vom 1. Dezember 1893 erhalten hat. Erweist sich dies als richtig, so kann er vom Beklagten verlangen, daß dessen Nichtrecht aus der Cession vom 20. Mai 1892 zum Betrage von 2176,83 Mk. durch Löschung des Umschreibungsvermerkes auch im Grundbuche festgestellt werde. Ob der Kläger weiter berechtigt ist, vom Beklagten die Löschung des auf ihn umgeschriebenen Hypothekenteiles selbst zu fordern, muß nach dem Ergebnisse der anderweitigen Verhandlung beurteilt werden. Daß der Beklagte als eingetragener Gläubiger zur Löschung verpflichtet ist, soweit er sich in der Lage befindet, sie herbeizuführen, bedarf keiner näheren Ausführung. Diese sich aus dem materiellen Recht ergebende Beurteilung wird durch die Bestimmungen des Zwangsvollstreckungsgesetzes von 1883 und des Grundbuchgesetzes von 1872 nicht alteriert. Nach feststehender Praxis des Reichsgerichts (Nr. 3819) ist dem, der sein Widerspruchsrecht im Subhastationsverfahren verloren hat, nicht versagt, außerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens ein besseres Recht gegen einen Gläubiger zu verfolgen, der nach dem Verteilungsplane zur Hebung gelangt und Zahlung aus dem Kaufgelde oder Überweisung einer vom Ersteher übernommenen Post erhalten hat. Ist hiernach dem Berufungsgericht darin beizustimmen, daß die erhobene Klage zulässig ist, so muß dagegen dessen weitere Beurteilung, die sich auf Bestimmungen des Grundbuchrechts stützt, als verfehlt erscheinen. Der Satz von dem überwiegenden Rechte des im Besitze des Hypothekenbriefes befindlichen Cessionars entspricht der konstanten Judikatur des vormaligen preußischen Obertribunals wie des Reichsgerichts. Er greift jedoch nur Platz, wenn die konkurrierenden Cessionare ihr Recht von demselben Cedenten herleiten; seine Anwendung ist ausgeschlossen, wenn verschiedene Cedenten die Abtretung erklärt haben. Denn jener Satz gründet sich auf die Bestimmungen der §§ 22, 23, I. 10 A.L.R., worin im Gegensatze zu § 21 der Fall vorausgesetzt wird, daß die Prätendenten insgesamt ihren Titel von einer und derselben Person haben. Nr. 2052. Haben die mehreren Prätendenten ihren Titel von verschiedenen Personen erhalten, so geht derjenige vor, dessen Titel von dem bisherigen wahren Eigentümer herrührt (§ 21, I. 10 A.L.R.). Nun leitet der Kläger seinen Anspruch von E. und L. her, während sich der Beklagte auf die ihm von der Versicherungsgesellschaft T. aus dem Rechte der Frau J. erteilte Cession vom 20. Mai 1892 beruft. Erweist sich der Anspruch des Klägers als thatsächlich begründet, dann geht er, wie oben gezeigt, dem Rechte des Beklagten vor. Für die Bestimmung des § 38 Abs. 2 E.E.G. ist hier kein Raum. Der Kläger ficht das Recht des Beklagten nicht wegen Mängel im persönlichen Schuldverhältnisse, nicht den Bestand der Hypothek in ihrem streitigen Teile an, geht vielmehr davon aus, daß die Hypothek und das ihr zu Grunde liegende Schuldverhältnis unantastbar sind; er macht lediglich geltend, daß der streitige Teil der Hypothek rechtswirksam nicht dem Beklagten, sondern ihm übertragen sei. Es könnte sich also nur fragen, ob dem Erwerbe des Beklagten der § 38 Abs. 3 E.E.G. zur Seite steht. Dies bejaht das Berufungsgericht mit Unrecht. Allerdings hat die eingetragene Gläubigerin, die Versicherungsgesellschaft T., dem Beklagten die Cession vom 20. Mai

1892 erteilt. Allein sie ist nicht Rechtsurheberin gegenüber dem Beklagten; sie hat die Abtretung nicht kraft ihres Rechts als Gläubigerin vorgenommen, sie hat nicht abgetreten, weil der Beklagte von ihr erworben habe, sie hat vielmehr mit Genehmigung der Frau J. deren durch die Tilgung des Hypothekenteiles erworbenes Recht dem Beklagten abgetreten. Wenn der vom Eigentümer befriedigte Gläubiger, wozu er durch § 63 E.E.G. verpflichtet wird, auf Verlangen des Eigentümers den getilgten Hypothekenteil einem Dritten cediert, so thut er dies nicht aus eigenem Rechte, sondern (lediglich zur Vereinfachung des Verfahrens, zur Vermeidung eines zweifachen Rechtsaktes) an Stelle und als Vertreter des Eigentümers; nicht er ist als Cedent der Rechtsurheber, sondern der Eigentümer. Der Beklagte könnte sich somit auf den Abs. 3 des § 38 E.E.G. nur dann stützen, wenn die Frau J. als Eigentümerin des streitigen Hypothekenteils im Grundbuche eingetragen gewesen wäre. Das war aber unstreitig nicht der Fall. Der Beklagte mußte sich auch bewußt sein, daß er durch die Cession nicht von der Versicherungsgesellschaft T., sondern von der Frau J. erwerbe; denn er hatte sich wegen seiner Forderung an die Frau J. deren Anspruch auf die Hypothek überweisen lassen und lediglich zur Ausführung dieses Anspruches ist ihm die Cession vom 20. Mai 1892 von der T. unter Zustimmung der Frau J. erteilt. Durch Abs. 3 des § 38 E.E.G. wird also die Prüfung nicht ausgeschlossen, ob die Versicherungsgesellschaft T. aus dem Rechte der Frau J. über den streitigen Hypothekenteil zu verfügen berechtigt war.

Nr. 2015. III. Sen. 26. September 1890. III. 111. 90. Bd. 27, Nr. 44, S. 188.

Befugnis der Konkursmasse eines Grundstückseigentümers, der persönlicher Schuldner der von ihm teilweise bezahlten Hypothek gewesen ist, ein paritätisches Recht mit dem Hypothekengläubiger bezüglich des nicht bezahlten Teils der Hypothek auf den Hypothekenerlös geltend zu machen. (Preuß. R.). Auch wenn man die Richtigkeit der vom Beklagten (Konkursverwalter) vertretenen Ansicht unterstellt, daß der Restforderung eines Hypothekengläubigers an sich kein Vorrang vor dem vom Eigentümer nach § 63 des E.E.G. vom 5. Mai 1852 bezahlten Teilbetrage zukommt und daß der Gemeinschuldner schon durch seine Zahlung, ohne daß es einer Cession oder Umschreibung bedurfte, in die durch § 64 a. a. O. gewährten Rechte eingerückt und damit berechtigt worden ist, die bezahlte Post im Subhastationsverfahren zu liquidieren, kann dem Anspruche des Beklagten gleichwohl nicht stattgegeben werden, weil der Eigentümer (Gemeinschuldner) der persönliche Schuldner der Hypothek geworden ist. Wenn der Eigentümer für die auf seinem Grundstücke lastende von ihm teilweise bezahlte Hypothek persönlich verhaftet, also verpflichtet ist, mit seinem Vermögen für den Ausfall des Hypothekengläubigers einzustehen, so kann Ersterer im Kollisionsfalle gegenüber dem Gläubiger von seinem Rechte auf verhältnismäßige Anteilnahme am Hypothekenerlöse keinen Gebrauch machen. Der Berufungsrichter hält, obwohl er die thatsächlichen Verhältnisse zu Grunde legt und auch jenem Rechtsgrundsatze beistimmt, dessen Anwendbarkeit für ausgeschlossen, weil die Zwangsversteigerung erst im Verlaufe des über das Vermögen des Eigentümers ausgebrochenen Konkurses stattgefunden hat. Der Schuldner kann vermöge der dem Hypothekengläubiger zur Seite stehenden generellen Doluseinrede das aus seiner Eigentümerhypothek entsprungene Recht auf den Subhastationserlös nicht ausüben, weil er denjenigen Betrag, den er an sich brächte und dadurch dem Hypothekengläubiger entzöge, kraft seiner persönlichen Schuldübernahme demselben alsbald wieder zu ersetzen hätte. Die gleiche Einrede, die in solcher Weise dem Rechte des Schuldners anhaftete, muß aber auch in dessen Konkurse gegenüber den Gläubigern Platz greifen, weil Letztere, wie man im übrigen ihre Stellung zur Konkursmasse auffassen mag, jedenfalls nur diejenigen Vermögensrechte für sich beanspruchen können, welche und wie sie vom Gemeinschuldner erworben waren. Das Berufungsgericht will diese Konsequenz nicht anerkennen, weil nach Ausbruch des Konkurses der Kläger seine persönliche Forderung an den Gemeinschuldner nicht mehr

durch die fragliche Einrede, sondern nur noch dadurch geltend machen könne, daß er sie im Konkurse liquidiere, um verhältnismäßige Befriedigung aus den Mitteln der Konkursmasse, wozu auch der auf die Eigentümerhypothek des Gemeinschuldners entfallende Betrag gehöre, zu erlangen. Eine derartige Veränderung der Sachlage zum Nachteile des Klägers kann aber dem Eintritte des Konkursfalles nicht beigemessen werden. Schon vordem war das aus der persönlichen Verbindlichkeit des nachherigen Gemeinschuldners sich ergebende Rechtsverhältnis begründet, das durch Zahlung der fraglichen Post erworbene Recht also in der vorerwähnten Weise beschränkt worden. Nur mit dieser Beschränkung konnte das Recht in die Hände der Gläubigerschaft übergehen.

e) **Klagerecht.**

Nr. 2016. III. Hilfs-Sen. 10. März 1880. V^b. 167. 79. Bd. 1, Nr. 136, S. 381.

Cessionar. Einrede. Beweislast. (Preuß. R.). Die streitige Hypothekenforderung ist dem Kläger abgetreten. Dieser hat also die Forderung erworben. Als Erwerber hat er die dingliche Klage gegen den Eigentümer (Beklagten). §§ 37, 38 des Gesetzes über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872. Der Beklagte hat gegen die dingliche Klage nur dann Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse, wenn diese dem Kläger vor dem Erwerbe bekannt geworden oder wenn sie sich aus dem Grundbuche ergeben. Außerdem stehen ihm die Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse dann zu, wenn der Kläger die Hypothek ohne Entgelt erworben hat. Danach ist es Sache des Beklagten, die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse zu behaupten und zu beweisen. Der Gläubiger, der eine kündbare Forderung einklagt, hat nur den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist (§ 761, I. 11 A.L.R.) darzuthun. Die Behauptung des Schuldners, daß eine längere Kündigungsfrist oder ein späterer Rückzahlungstermin vereinbart sei, stellt sich nicht als eine verneinende Einlassung dar, sie ist eine wahre Einrede, der Beweis der behaupteten Thatsache liegt dem Schuldner ob.

Nr. 2017. III. Sen. 9. April 1886. III. 341. 85. Bd. 16, Nr. 45, S. 198.

Einrede aus dem persönlichen Schuldverhältnisse gegen den Erwerber einer Hypothek. § 38 des E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Aus § 38 E.E.G. läßt sich nicht der Satz herleiten, daß dem Dritten, welcher ein Recht auf die Hypothek gegen Entgelt erworben hat, schon dann eine Einrede aus dem persönlichen Schuldverhältnisse entgegengesetzt werden kann, wenn ihm bekannt war, daß dem erhobenen Anspruche zu irgend einer Zeit die Einrede entgegengestanden habe, welche nunmehr im Prozesse geltend gemacht wird. Die Zulässigkeit einer derartigen Einrede hängt vielmehr davon ab, ob dem Cessionar bei der Cession bekannt war, daß die Einrede noch zur Zeit der Cession bestand. Durch die Bestimmung in § 38 Abs. 2 a. a. O. hat das früher in dieser Beziehung geltende Recht (§§ 423, 424, 511, I. 20; Anh. § 53 A.L.R.) aufrecht erhalten werden sollen. Eine Präsumtion dafür, daß der Cessionar wußte, daß die Einrede noch zur Zeit der Cession bestand, giebt es nicht; es ist vielmehr Sache desjenigen, der die Zulässigkeit der Einrede behauptet, die Voraussetzung derselben, die Kenntnis des Cessionars von der Existenz der Einrede und deren fortdauerndem Bestand zu behaupten und zu beweisen.

Nr. 2018. V. Sen. 11. Juli 1896. V. 43. 96. Bd. 37, Nr. 94, S. 350.

Voraussetzungen für die Annahme des entgeltlichen Erwerbes einer Hypothek. § 38 Abs. 2 E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Als das Grundstück K. Nr. 7 im Jahre 1894 zur Zwangsversteigerung kam, waren darauf hinter der Post Nr. 11 von 15000 Mk. eingetragen unter Nr. 12 für den Beklagten eine Darlehenshypothek von 3000 Mk. und unter Nr. 14 für jeden der drei Kläger zu D. ein Erbteil von 600 Mk. und zwar, weil unter demselben Datum eingetragen, zu gleichem Rechte mit dem in Abt. II unter Nr. 13 eingetragenen Ausgedinge der Kläger zu 1. Bei der Kaufgelderverteilung ist die Hypothek Nr. 12 des Beklagten mit 2853,67 Mk. zur

Hebung gelangt, die Kläger sind ausgefallen. Da die Letzteren der Auszahlung an den Beklagten widersprochen haben, so ist der Betrag hinterlegt. Auf diesen machen beide Teile Anspruch; jeder von ihnen hat (mit Klage bezw. Widerklage) beantragt, den Gegner zur Bewilligung der Auszahlung an ihn zu verurteilen. Der erste Richter hat die Klage abgewiesen und die Kläger nach der Widerklage verurteilt. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Kläger die hinterlegte Streitmasse den Klägern zugesprochen und die Widerklage abgewiesen. Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen. Unstreitig liegt der Darlehnshypothek Nr. 12 des Beklagten ein Darlehn oder ein sonstiger persönlicher Anspruch nicht zu Grunde, da die Kläger zu 1, die Besteller der Hypothek, niemals die Darlehnsvaluta durch Zahlung oder Verrechnung oder in anderer zulässiger Weise erhalten haben auch weder auf ihre Anweisung noch mit ihrer Einwilligung die Darlehnsvaluta durch Zahlung an einen Dritten berichtigt ist. Die Hypothek Nr. 12 ist daher wirkungslos und steht der Befriedigung der Kläger als der nacheingetragenen Gläubiger nicht im Wege, wenn der Beklagte als Cessionar der Hypothek Nr. 12 deren Wirkungslosigkeit sich entgegensetzen lassen muß. Von den Voraussetzungen des § 38 Abs. 2 E.E.G., unter denen gegen den Cessionar einer Hypothek Einreden gegen das persönliche Schuldverhältnis zulässig sind, kommt nur der Erwerb der Hypothek gegen Entgelt in Betracht. Die Geschwister G. waren als Gläubiger der Scheinhypothek Nr. 12 eingetragen. Deren Vormünder haben die Hypothek dem Beklagten abgetreten, ohne daß von dem Letzteren ihnen oder ihren Mündeln irgend welche Valuta für die Abtretung gegeben ist. Daß etwa die Vormünder gemäß § 63 E.E.G. auf Wunsch des A. P., nachdem von ihm als Eigentümer des Pfandgrundstücks die Hypothek getilgt worden, die Cession an den Beklagten erklärt hätten, dafür fehlt jeder Anhalt. Dagegen darf zu Gunsten des Beklagten angenommen werden, daß er zu einer Zeit, als sein Sohn A. das Pfandgrundstück Nr. 7 von den Klägern zu 1 gekauft hatte, seinem Sohne ein Darlehn unter der Bedingung zugesagt hat, damit unmittelbar hinter der Hypothek Nr. 11 eingetragen zu werden, daß er ihm mehr als 3000 Mk. gezahlt und sich als Erfüllung der gestellten Bedingung die Hypothek Nr. 12 hat abtreten lassen. Die Vorderrichter sind uneins darüber, ob der Beklagte in dieser Weise die Hypothek gegen Entgelt oder unentgeltlich erworben hat. Das Reichsgericht hat sich über die in Betracht kommende Frage bisher nicht ausgesprochen. In den meisten Entscheidungen handelte es sich darum, ob in der Erlangung eines Pfandrechts an der Hypothek durch Verpfändung oder Pfändung ein Erwerb gegen Entgelt zu finden sei. Nr. 1795. Nr. 2054. Nr. 2021. Davon ist hier abzusehen. In den Entscheidungen, in denen die Frage des entgeltlichen Erwerbes bei der Cession einer Hypothek erörtert worden, ist die Zahlung der Cessionsvaluta an einen bei der Cession nicht beteiligten Dritten nicht einmal gestreift. Auch in der Litteratur ist die gerade hier interessierende Frage nicht behandelt. Sollte der Wortlaut des § 38 Abs. 2 E.E.G. noch einen Zweifel darüber lassen, daß im Falle der freiwilligen Cession der Cessionsvertrag ein lästiger sein muß, daß also gegen die Cession dem Cedenten vom Cessionar eine Gegenleistung zu gewähren ist, um eine Cession gegen Entgelt darzustellen, so wird jeder Zweifel beseitigt durch die Bestimmung des § 423, I. 20 A.L.R., die im § 38 Abs. 2 E.E.G. nicht geändert, sondern beibehalten werden sollte. Dort heißt es: „Insofern ein Dritter auf eine solche Forderung nach deren Eintragung ein Recht durch einen lästigen Vertrag erworben hat, kann der Schuldner gegen diesen Dritten von solchen Einwendungen, die er ihm vorher nicht kundgethan hat, keinen Gebrauch machen.“ Nach § 7, I. 5 A.L.R. wird aber, „wenn beide Teile gegenseitige Verbindlichkeiten übernehmen, solches ein lästiger Vertrag genannt“. Das Reichsgericht trägt kein Bedenken, den Satz auszusprechen: Ist die Abtretung einer Hypothek durch ein Rechtsgeschäft zwischen dem Gläubiger und dem Erwerber bewirkt, so liegt darin ein Erwerb gegen Entgelt nur dann, wenn der Cessionar sich dem Cedenten zu einer Vermögensgegenleistung gegen die Cession verpflichtet hat, sei es daß er die Gegen-

leistung dem Cedenten selbst oder einem Dritten gewähren soll. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn wie hier der Cessionar einem Dritten, nicht dem Inhaber der Hypothek, ein Darlehn unter der Bedingung gegeben hat, daß ihm Sicherheit dafür an der Stelle verschafft werden müsse, welche die ihm später cedierte Hypothek im Grundbuche einnimmt, und wenn ihm diese Hypothek von deren Gläubiger, der der Meinung ist, löschungsfähige Quittung auszustellen, oder nicht versteht, um was es sich handelt, ohne Gegenleistung cediert wird. Der Cessionar hat allerdings etwas gegeben, aber dies stellt nicht eine Gegenleistung gegen die Cession dar, da es nicht dem Cedenten, sondern einem Dritten, bei der Cession nicht Beteiligten, zu leisten war und geleistet ist. Der Beklagte hat somit durch die ihm von den Vormündern der Geschwister G. erteilte Cession kein Recht gegen Entgelt auf die Hypothek Nr. 12 erworben. Er muß sich also die Einrede entgegenstellen lassen, daß die Hypothek wegen Mangels gezahlter Valuta wirkungslos ist.

Nr. 2019. V. Sen. 4. November 1893. V. 207. 93. Bd. 32, Nr. 53, S. 216.

Einrede gegen die cedierte Hypothekenforderung, daß der Cedent nur Pfandgläubiger gewesen sei. (Preuß. R.). Zur Deckung einer eigenen Schuld an L. verpflichtete sich der Beklagte, zwei ihm gehörige auf seinem Grundstücke eingetragene Hypotheken von zusammen 50 000 Mk. dem L. als Faustpfand zu bestellen. Die Ausführung dieses Abkommens geschah in Form einer Cession der beiden Hypotheken an L. mit Übergabe der Dokumente am 10. Dezember 1889. Diese Cession enthielt die Bestimmung, daß die cedierten Beträge bei prompter d. h. innerhalb vierzehn Tagen nach der Fälligkeit erfolgender Zinszahlung sieben Jahre, vom 1. Oktober 1889 an gerechnet, seitens des Gläubigers unkündbar sein sollten. Demnächst am 12. Dezember 1889 cedierte L. der Klägerin (seiner Gläubigerin) die 50 000 Mk. mit der Abrede, daß sie die Hypotheken zurückcedieren solle, falls L. die Valuta zurückgezahlt haben würde. Die Umschreibung der Hypothek auf den Namen der Klägerin mit den Zinsen seit 1. Januar 1890 und der gedachten Kündigungsbeschränkung bei prompter Zinszahlung für sieben Jahre erfolgte nach Behauptung der Klägerin am 12. März 1890, nachdem die der Umschreibung entgegenstehenden Hindernisse (Fehlen einer löschungsfähigen Quittung und Anfangspunkt des Zinslaufes) vom Beklagten gehoben waren. Die am 1. April 1890 und die später fälligen Zinsen sind nicht bezahlt. Die Klägerin hat deshalb das Kapital zum 1. Januar 1891 gekündigt und, da Zahlung nicht erfolgt ist, beantragt, den Beklagten bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück zur Zahlung von 50 000 Mk. nebst fünf Prozent Zinsen seit 1. Januar 1890 zu verurteilen. Der Beklagte macht hiergegen geltend, die Klägerin sei zur Klage nicht legitimiert, weil dem L. nicht das Eigentum an der Hypothek, sondern nur ein Pfandrecht zugestanden habe; überdies habe die Klägerin bei der Cession des L. den ganzen Sachverhalt, namentlich die Stundung des Kapitals nebst Zinsen gekannt. Die Klägerin folgert dagegen aus der Beseitigung der erwähnten Hindernisse gegen ihre Eintragung durch den Beklagten, daß dieser die Cession an sie genehmigt habe. Sie behauptet, die Cession sei gegen Entgelt und ohne Verabredung einer Zinszahlung durch L. erfolgt. Die Buchung der Zinsen auf L.s Konto sei nur geschehen, um den Betrag seiner Schuld festzustellen, falls er von dem Vorbehalt der Rückcession Gebrauch machen sollte. Nach erfolgter Beweisaufnahme hat der erste Richter die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist im zweiten Urteil zurückgewiesen. Diese Entscheidung verstößt in mehrfacher Beziehung gegen Rechtsgrundsätze. Mit Recht nimmt der Berufungsrichter an, daß der § 38 Abs. 3 E.E.G. keine Anwendung findet. Die Klägerin hat sich auf dies Gesetz auch nicht berufen. Dasselbe gilt von der Vorschrift der §§ 422, 423, I. 20 A.L.R., da es sich nicht um Einreden gegen die Gültigkeit von Forderungen, sondern gegen die Dispositionsbefugnis des L. handelt. Dem Berufungsrichter ist auch darin beizustimmen, daß L. durch das der Cession vorausgegangene Abkommen vom

6. September 1889 in Verbindung mit der Übergabe der Hypothekendokumente nur ein Pfandrecht an den Hypotheken erwarb. Es liegt jedoch ein zweites vom Beklagten mit L. vorgenommenes Geschäft, die am 10. Dezember 1889 ausgestellte Cession vor. Daß durch diese das früher am 6. September 1889 mit L. getroffene Abkommen, soweit die gegenseitigen Rechtsverhältnisse dieser beiden Kontrahenten in Betracht kommen, verändert wurde, läßt sich nach dem Sachverhalte, der dem zweiten Urteile zu Grunde liegt, zwar nicht annehmen. Dagegen irrt der Berufungsrichter, wenn er entscheidet, daß die Dispositionsbefugnis des L., obgleich in der Cession vom 10. Dezember 1889 die ihm durch seine Abrede mit dem Beklagten auferlegten Beschränkungen nicht erwähnt waren, dennoch nach Maßgabe dieser Abreden Dritten gegenüber zu beurteilen sei und daß der Beklagte (der Schuldner) auch einem redlichen mit den Abreden zwischen L. und dem Beklagten nicht bekannten Erwerber der beiden Hypotheken dieselben Einreden entgegensetzen könne, welche ihm gegen L. zustanden. Das A.L.R. hat bei dem Vollmachtsvertrage (§§ 93, 97 ff., 113, I. 13) den Rechtssatz klar hingestellt, daß, wenn eine besondere Instruktion in der Vollmacht nicht erwähnt ist, die Sache zwischen dem Machtgeber und dem Dritten bloß nach dem Inhalte der Vollmacht zu beurteilen ist. Damit hat es den Rechtsgrundsatz zum Ausdruck gebracht, daß derjenige, welcher einem Anderen die Befugnis überträgt, für ihn und in seinem Namen Rechtsgeschäfte zu schließen, dem Dritten gegenüber nicht nach Maßgabe der zwischen ihm und dem Bevollmächtigten getroffenen Verabredungen, sondern nach dem in der Vollmacht zum Ausdruck gebrachten Willen zu haften hat. Daß die Sache in rechtlicher Beziehung bei der Cession anders als bei der Vollmacht liege, daß also der Eigentümer einer hypothekarischen Forderung, wenn er durch Cession das ganze Gläubigerrecht auf einen Anderen überträgt, diesen nicht zur weiteren Verfügung befugt macht, sondern daß der Schuldner dem Cessionar entgegenhalten dürfe, der Cedent sei zum Abschlusse der Cession kraft der mit ihm geschlossenen Verträge nicht legitimiert, läßt sich nicht annehmen. Die vom Berufungsrichter für seine Ansicht angezogenen Gesetze passen nicht. Der § 101 Einl. A.L.R., wonach Niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst besitzt, findet keine Anwendnng, wenn der Cedent in der Lage ist, die Schulddokumente kraft einer unbeschränkten Cession dem Cessionar zu übertragen. Der § 407, I. 11 A.L.R. erledigt sich damit, daß der Cedent durch die vorbehaltlose Übertragung seines Rechts einem Dritten gegenüber auf Einreden gegen die Verfügungsbefugnis des Cessionars verzichtet. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat diese Ansicht schon in mehrfacher Beziehung gebilligt. Es ist ausgeführt, daß Abreden zwischen dem Cedenten und dem Cessionar, daß der Letztere die Forderung nur beitreiben, also nur Inkassomandatar, aber nicht deren Eigentümer werden oder daß der Cessionar sich zunächst an ein ihm gegebenes Wechselaccept halten und daß die Cession nur in securitatem erteilt sei, oder daß der Cedent sich der Beitreibung der Forderung enthalten solle, dem Schuldner kein Recht geben, die Legitimation des Cessionars zu beanstanden, sondern daß dieser zur Klage gegen den Schuldner durch eine den §§ 493, 494, I. 11 A.L.R. entsprechende Cession befugt wird. In Übereinstimmung damit steht die Doktrin des preußischen und des gemeinen Rechts. In demselben Sinne haben sich auch die Motive zum Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches ausgesprochen (Bd. 2, S. 130). Das Reichsgericht hat deshalb angenommen, daß der Beklagte, wenn er im September 1889 dem L. die Hypothekenurkunden übergeben und ihm am 10. Dezember 1889 vorbehaltlos die Forderungen cediert hat, sich der Klägerin gegenüber auf die zwischen ihm und L. getroffenen früheren die Dispositionsbefugnis des Letzteren beschränkenden Abreden nicht berufen darf. Anders würde die Sache liegen, wenn die Klägerin bei dem Erwerbe der Forderungen, also nach ihrer Behauptung am 11. Dezember 1889 Kenntnis von der Dispositionsbeschränkung des L. gehabt hätte. In diesem Falle würde sie unredlich gehandelt und deshalb das Gläubigerrecht nicht erworben haben. An einer Feststellung dieser Kenntnis der Klägerin zur Zeit der Cession fehlt es aber.

Ob die Klägerin nachträglich Kunde von den Abreden erhalten hat, erscheint gleichgültig. Ob ferner die Sache anders zu beurteilen wäre, wenn die Cession vom 10. Dezember 1889 nicht mit dem Willen des Beklagten, insbesondere durch unerlaubte Handlung, in den Besitz des L. gelangt wäre, bedarf bei dem hier vorliegenden Sachverhalte keiner Erörterung.

Nr. 2020. V. Sen. 8. November 1893. V. 181. 93. Bd. 32, Nr. 54, S. 221.

Frage der Konvalescenz einer wegen fehlender Hauptschuld ungültigen Hypothek. Beschränkung der Einreden gegen die Hypothekenklage nach § 38 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 zu Gunsten dessen, der die Hypothek in Kenntnis der Einreden von einem gutgläubigen Zwischeninhaber erworben hat. (Preuß. R.). Der Kläger hat sich an gewissen Grundstücken am 21. März 1888 von dem damaligen Eigentümer L. eine Darlehenshypothek von 60 000 Mk. bestellen lassen. Unstreitig hat er dem L. nur ein Darlehen von 43 000 Mk. gegeben. Die Beklagte hat deshalb beantragt, die gegen sie als jetzige Eigentümerin der verpfändeten Immobilien gerichtete dingliche Klage auf Rückzahlung der 60 000 Mk. nebst Zinsen zum Betrage von 17 000 Mk. abzuweisen, und widerklagend, den Kläger zu verurteilen, über diesen Betrag nebst Zinsen löschungsfähige Quittung zu erteilen und den Hypothekenbrief zu den Grundakten einzureichen. Mit diesen Anträgen ist sie in beiden Instanzen durchgedrungen. Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen. L. hat die verpfändeten Immobilien am 29. Dezember 1888 an P. und S. verkauft; von diesen hat sie die Beklagte am 1. Juli 1889 gekauft. Der Kläger behauptet, bei beiden Käufen sei die streitige Hypothek von 60 000 Mk. in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen worden und zwar, nachdem L. sich seinen Käufern gegenüber verpflichtet habe, diese Hypothek zurückzuerwerben. Die Beklagte bestreitet dies. Der Kläger hat in der That die Hypothek, freilich erst am 7. Juli 1890, an L. cediert, sie aber von diesem schon am folgenden Tage zum Betrage von 43 000 Mk. zurückcediert erhalten und sich am 14. Juli auch den Restbetrag von 17 000 Mk., den L. am 8. Juli an K. cediert hatte, von diesem zurückcedieren lassen. Der Kläger behauptet, daß er an K. sofort nach der Cession die Valuta mit 17 000 Mk. habe auszahlen lassen, was gleichfalls von der Beklagten bestritten wird. Der Kläger folgert aus diesem Hergange, daß die Hypothek zum Betrage von 17 000 Mk. mindestens vom 7. Juli 1890 ab (dem Tage der Cession an L.) den Charakter einer Kaufgelderhypothek gewonnen habe und damit konvalesciert sei, so daß er durch die Cession von K. eine gültige Hypothek erworben habe, da K. nicht etwa nur eingeschoben worden sei, um ihm den Anschein eines redlichen dritten Erwerbers zu sichern. Die Beklagte hat dem widersprochen. Übrigens hat L. den Anspruch an den Kläger auf Nachzahlung der 17 000 Mk. Darlehensvaluta am 3. Juli 1888 an den Bankier M. und dieser denselben Anspruch am 24. Juni 1889 an die Beklagte abgetreten und dem Kläger ist von beiden Cessionen Nachricht gegeben worden. Es ist dem Berufungsrichter zunächst darin beizustimmen, daß der ungültige Teil der Hypothek nicht nachträglich dadurch gültig geworden sei, daß, wie Kläger behauptet, bei dem Verkaufe der belasteten Grundstücke die ganze Hypothek von 60 000 Mk. zunächst von P. und S. und dann beim Weiterverkauf von der Beklagten in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen worden ist. Es kann zwar, wie auch der Berufungsrichter annimmt, die in dem Mangel einer Hauptschuld beruhende anfängliche Ungültigkeit einer Hypothek durch nachträgliche Einschiebung eines gültigen Hauptschuldverhältnisses gehoben werden; aber dazu bedarf es selbstverständlich der Mitwirkung desjenigen, der dadurch Rechte gewinnen soll d. i. des Gläubigers. Ebendeshalb genügt dazu noch nicht die bloße Übernahme einer ungültigen Hypothek durch den Käufer des belasteten Grundstückes; denn durch diese bloß zwischen dem bisherigen und dem künftigen Schuldner getroffene Vereinbarung gewinnt der Gläubiger nicht mehr Rechte, als er bisher hatte. In das alte Schuldverhältnis tritt lediglich ein neuer Schuldner ein und diesem stehen dieselben Einreden zur Seite

wie dem früheren Schuldner. Nun wird freilich von der Revision geltend gemacht, daß hier mehr vorliege als eine bloße Übereinkunft zwischen dem bisherigen und dem nachfolgenden Schuldner der Hypothek, daß vielmehr in der That auch der Hypothekengläubiger mitgewirkt habe, nämlich der künftige Hypothekengläubiger, indem zwischen L. als Verkäufer und P. und S. als Käufern abgemacht worden sei, daß L. die übernommene Hypothek von 60000 Mk. seinerseits von dem Kläger erwerben solle (um sie dann den Käufern für zwei Jahre unkündbar zu machen). Dadurch sei, so folgert der Revisionskläger, der Hypothek für den Fall, daß L. sie erwerbe, eine neue Hauptschuld, nämlich ein entsprechender Teil der Kaufgelderschuld, untergelegt worden; dies sei eine Vereinbarung mit dem Verkäufer als Gläubiger der Kaufgelder und zugleich in Aussicht genommenem Hypothekengläubiger, und dadurch sei die Hypothek zu dem bisher ungültigen Teile mit Eintritt des als Bedingung gestellten Erwerbes der Hypothek durch L. konvalesciert. Allein diese Ausführung nützt dem Kläger nichts, wenn auch zugegeben werden mag, daß unter Umständen wohl eine wegen fehlender Hauptschuld ungültige Hypothek dadurch Bestand gewinnen kann, daß der Käufer des verpfändeten Grundstücks sie für den Fall, daß der Verkäufer sie erwerbe, in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt, indem darin die bedingte rechtswirksame Einschiebung einer wirklich bestehenden Hauptschuld als Unterlage der Hypothek gefunden werden kann. Für den vorliegenden Fall bedarf es einer näheren Erörterung darüber aus dem Grunde nicht, weil die Bedingung, daß der Verkäufer L. die Hypothek erwerben solle, nicht, d. h. nicht rechtzeitig, eingetreten ist. L. hat sich die Hypothek von dem Kläger erst am 7. Juli 1890 cedieren lassen, also zu einer Zeit, als seine Abkäufer P. und S. schon nicht mehr Eigentümer der belasteten Grundstücke waren, sondern diese, und zwar seit dem 1. Juli 1889, an die Beklagte weiter verkauft hatten. Die Beklagte soll zwar auch, nach Behauptung des Klägers, die Hypothek der 60000 Mk. gegenüber ihren Verkäufern P. und S. in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen haben; dagegen ist nicht behauptet worden, daß sie dabei von der Abmachung zwischen ihren Verkäufern und dem L., wonach dieser die Hypothek erwerben sollte, etwas erfahren habe; es ist also davon auszugehen, daß sie die Hypothek so übernahm, wie sie im Grundbuche eingetragen stand, also als Darlehenshypothek und behaftet mit der Einrede, daß sie zum Betrage von 17000 Mk. wegen nicht gezahlter Darlehensvaluta ungültig sei. Daran ist um so weniger zu zweifeln, als die Beklagte beim Ankaufe der Grundstücke schon im Besitze der ursprünglich dem L. gehörigen von diesem an M. und von M. am 24. Juni 1889 an sie cedierten Forderung gegen den Kläger auf Nachzahlung der 17000 Mk. war. Des so erworbenen Rechts zur Geltendmachung der Ungültigkeit der Hypothek konnte die Beklagte nicht dadurch verlustig gehen, daß L. die Hypothek als Gläubiger erwarb; dadurch konvalescierte die Hypothek nicht. Denn L.s Berechtigung, für seine Kaufgelderforderung an P. und S. zum Betrage von 17000 Mk. eine erst neu zu begründende Hypothek an den Grundstücken zu gewinnen, bestand nur gegenüber seinen Kontrahenten P. und S. und diese konnten ihm keine Hypothek mehr gewähren, als sie die Grundstücke nicht mehr besaßen. Ist eine Konvalescenz des ungültigen Teiles der Hypothek also nicht eingetreten, so könnte nur noch in Frage kommen, ob sich der Kläger gemäß § 38 Abs. 2 E.E.G. darauf berufen dürfe, daß er die Hypothek der 17000 Mk. von L. entgeltlich, wie er behauptet, erworben habe. Auch dies hat der Berufungsrichter mit Recht verneint, weil dem Kläger bei dem Wiedererwerb bekannt gewesen sei, daß es nach wie vor an einer Darlehenszahlung für diesen Teil der Hypothek, also an der für die Gültigkeit der Hypothek erforderlichen Hauptschuld fehle. Diese Entscheidung stützt sich auf die deutliche Bestimmung des § 38 Abs. 2 E.E.G. vom 5. Mai 1872, daß Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse einem Dritten, welcher ein Recht auf die Hypothek gegen Entgelt erworben hat, nur (also dann jedenfalls) entgegengesetzt werden können, wenn sie ihm vorher bekannt geworden sind oder sich aus dem Grundbuche ergeben. Demgemäß ist auch in früheren Fällen vom Reichs-

gericht erkannt worden, und von dieser Ansicht abzugehen, fehlt es an einem Grunde. Insbesondere kann eine Analogie der Bestimmung des Art. 306 Abs. 2 H.G.B. nicht anerkannt werden, weil dort der Schutz des redlichen Erwerbers ausdrücklich auch auf seine Rechtsnachfolger ausgedehnt ist, woran es im § 38 Abs. 2 E.E.G. fehlt. Ebensowenig kann gegen die hier vertretene Auffassung der Grund geltend gemacht werden, daß, wer eine Hypothek als Cessionar erwerbe, sie mit den Rechten seines Cedenten erwerbe, also frei von Einreden, wenn solche seinem Cedenten nicht entgegengesetzt werden konnten. Dies wäre nur dann richtig, wenn die Einreden durch den Erwerb der Hypothek von einem redlichen Dritten definitiv untergingen, was gerade bewiesen werden soll. Solchen Untergang ordnet allerdings das H.G.B. in den Art. 306, 307 für die dort behandelten Fälle an, und die gleiche Bestimmung enthält § 9 Abs. 2 E.E.G. für den Fall, daß ein als Eigentümer eingetragener Nichteigentümer Rechte an dem Grundstücke begründet hat, nicht aber der hier anzuwendende § 38 E.E.G., und daß etwa in diesem Falle der endgültige Untergang der Einreden selbstverständlich wäre, kann nicht behauptet werden.

Nr. 2021. V. Sen. 28. Mai 1892. V. 52. 92. Bd. 29, Nr. 61, S. 244.

Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse gegenüber der Hypothekarklage des Pfändungspfandgläubigers. (Preuß. R.). Zur Beitreibung einer vollstreckbaren Forderung hat der Kläger eine für seinen Schuldner auf dem Grundstücke des Beklagten eingetragene Darlehenshypothek pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Er hat die dingliche Klage erhoben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil, wie auf die Einrede des Beklagten festgestellt ist, Valuta für das eingetragene Darlehen nicht gezahlt ist, ein Hypothekenrecht danach nicht entstanden sei. Den Schutz gegen Einreden gemäß § 38 Abs. 2 E.E.G. vom 5. Mai 1872 hat es dem Kläger versagt, weil dieser, dem die Hypothek nicht an Zahlungsstatt, sondern nur zur Einziehung überwiesen worden, gegenüber dem Beklagten nicht ein Dritter sei, welcher ein Recht auf die Hypothek gegen Entgelt erworben habe, sondern nur seinen Schuldner vertrete, der als erster Hypothekengläubiger alle Einreden ohne Rücksicht auf seine Kenntnis davon gegen sich gelten lassen müsse. Auf die Revision des Klägers ist das Urteil aufgehoben. Als durch das Gesetz vom 4. Juli 1822 die gerichtliche Überweisung von Aktivforderungen des Schuldners zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Exekutionswege geregelt war, entstand die Frage, ob auch der Exekutionssucher, dem durch richterliche Verfügung eine Hypothekenforderung des Exequendus überwiesen ist, Anspruch auf den Schutz gegen Einreden habe, welcher in den §§ 422—426, 520—524, I. 20 A.L.R. einem Dritten gewährt wird, der auf eine Hypothek ein Recht durch einen lästigen Vertrag erworben hat. Bezüglich der Überweisung mit der Wirkung der Assignation wurde dem Exekutionssucher von der preußischen Rechtsprechung jener Schutz mit Rücksicht auf den Begriff der Assignation (§§ 251, 287, 288, I. 16 A.L.R.) versagt, aus dem sich ergebe, daß der Exekutionssucher nicht ein Dritter im Sinne des Gesetzes sei, sondern mit dem Exequendus eine Person darstelle. Anfangs wurde die gleiche Entscheidung auch für den Fall der Überweisung an Zahlungsstatt getroffen; durch den Plenarbeschluß des vormaligen preußischen Obertribunals vom 7. Mai 1855 wurde obige Frage dagegen bejaht, weil solche Überweisung die Stelle einer vom Exequendus ausgestellten Cession in allen Beziehungen vertrete, demnach der Exekutionssucher als Rechtsnachfolger des Exequendus dem Schuldner gegenüber nur aus dem Gesichtspunkte eines dritten Inhabers der Hypothekenforderung aufgefaßt werden könne. An dieser Unterscheidung hat das Obertribunal unter der Herrschaft des E.E.G. vom 5. Mai 1872 festgehalten, in dessen § 38 Abs. 2 der in den §§ 423, 424, I. 20 A.L.R. zum Ausdruck gebrachte Rechtsgrundsatz in allen seinen Teilen reproduziert wird. Es hat weiter ausgesprochen, daß als Dritter im Sinne des § 38 Abs. 2 a. a. O. auch der gelten müsse, dem die Hypothek von dem Gläubiger für seine Forderung ver-

pfändet worden sei. Dies ist von Bedeutung, da mehreren Entscheidungen des Reichsgerichts der Thatbestand zu Grunde liegt, daß der Gläubiger die Hypothek seinem Schuldner verpfändet hat und dieser sich dann die Hypothek gerichtlich hat zur Einziehung überweisen lassen. In einem solchen Falle hat der II. Hilfs-Senat dem Exekutionssucher den Schutz des § 38 Abs. 2 nicht zugestanden, Nr. 2053, weil ihm aus seinem Rechte als Pfandgläubiger ein unmittelbares Klagrecht nicht zustehe, die Überweisung zur Einziehung ihn aber bloß berechtige, die Rechte seines Schuldners auszuüben. Zugleich ist, im Widerspruche mit dem Obertribunale, ausgesprochen, daß im § 38 Abs. 2 unter dem Erwerbe eines Rechtes auf eine Hypothek nicht der Erwerb eines Pfandrechtes an der Hypothek verstanden sei. Dieser Entscheidung ist der V. Senat zunächst beigetreten, obwohl der nach dem Inkrafttreten der deutschen C.P.O. erfolgten Überweisung zur Einziehung die Pfändung vorausgegangen war. Nr. 3770. Er hat jedoch diese Ansicht später aufgegeben. Die nächsten Entscheidungen betreffen wieder Fälle, in denen einem vom Gläubiger bestellten Pfandrechte die Überweisung zur Einziehung hinzugetreten war. Es wurde ausgesprochen, daß der, welchem eine Hypothek verpfändet worden, ein Dritter im Sinne des § 38 Abs. 2 sei und daß ihm deshalb, wenn er sich behufs Realisierung seines Pfandrechts die Hypothek mit den Wirkungen einer Assignation überweisen lasse, bei Geltendmachung seines Pfandrechts der Schutz des § 38 Abs. 2 gebühre. Nr. 2054. In dem Urteile vom 23. April 1887, welches auf eine Klage ergangen ist, die sich auf das durch Pfändung einer Hypothek erworbene Pfandrecht gründete und die Ausübung dieses Pfandrechts bezweckte, hat der V. Senat daran festgehalten, daß gegen die Klage Einreden nur im Rahmen des § 38 Abs. 2 E.E.G. bezw. der §§ 422 ff., 522, I. 20 A.L.R. gestattet seien, daß somit der Kläger der Einrede der Tilgung nur dann ausweichen könne, wenn er das Pfandrecht in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuches erworben habe. In dem Urteile desselben Senats vom 15. Juni 1887 heißt es: „Zu denjenigen, die im Sinne des § 38 Abs. 2 E.E.G. ein Recht gegen Entgelt auf die Hypothek erworben haben, gehört nach der neueren konstanten Praxis des Reichsgerichts auch der Erwerber eines Pfandrechts an der Hypothek zur Sicherung einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung, mag das Pfandrecht auf Grund einer freiwilligen Pfandbestellung oder durch Pfändung erworben sein." Dieser Satz ist endlich in dem Urteile vom 1. November 1890 wiederholt und näher begründet. Nachdem das Reichsgericht den vom Berufungsgericht jetzt wieder in Frage gestellten Rechtssatz im Jahre 1887 zuerst ausgesprochen, hat es stets an ihm festgehalten. Ganz besonders triftiger Gründe bedürfte es, sollte davon wieder abgewichen und die Praxis ins Schwanken gebracht werden. Solche sind aber nicht vorgebracht. Es soll nicht verkannt werden, daß nach Emanation des Gesetzes vom 4. Juli 1822 die erheblichsten Zweifel über die Frage hervortreten mußten, ob die Vorschriften des A.L.R. über die Zulässigkeit von Einreden gegen einen dritten Erwerber von Rechten an einer Hypothek, die nur die freiwillige Bestellung solcher Rechte durch den Gläubiger der Hypothek im Auge haben, auch auf die Fälle auszudehnen seien, in denen der Übergang auf den Gläubiger des Hypothekars ohne Verhandlung mit diesem durch Verfügung des Richters geschieht, weil dort der Erwerb unter bona fides des Erwerbers viel leichter erfolgen kann, als wo zu der Redlichkeit des Erwerbers noch die Unredlichkeit des Hypothekengläubigers, die sich in dem Verschweigen oder Ableugnen der dem Schuldner zustehenden Einreden bethätigt, hinzutreten muß. Diese Zweifel waren aber in gleichem Maße gegen die Überweisung zur Einziehung wie gegen die Überweisung an Zahlungsstatt berechtigt, da so wenig bei der einen wie bei der anderen die Mitwirkung des Hypothekengläubigers gefordert wurde. Als das Obertribunal dann durch Plenarbeschluß vom 7. Mai 1855 entschied, daß die Vorschriften der §§ 423—426, 522, 523, I. 20 A.L.R. Anwendung finden, wenn dem Exekutionssucher eine Hypothek des Exequendus durch gerichtliche Verfügung an Zahlungsstatt überwiesen worden sei, so waren damit die sich aus jenen Zweifeln ergebenden Gründe auch gegen die Überweisung zur Einziehung beseitigt,

und es blieb nur noch der Unterschied bestehen, der sich aus der rechtlichen Natur der beiden Überweisungen ergab. Dieser Unterschied ist nun durch die C.P.O. verwischt. Nach dieser geht der Überweisung zur Einziehung stets die Pfändung vorher (§ 736) und durch diese erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an der gepfändeten Forderung (§ 709), das in seinen Wirkungen dem durch Vertrag begründeten gleich steht. „Auf das Pfand, welches durch den Akt der Pfändung konstituiert wird, kommen die in den einzelnen Rechtsgebieten rücksichtlich des Pfandrechts geltenden Rechtsnormen zur Anwendung" (Motive). Das Berufungsgericht irrt daher, indem es annimmt, der Inhalt des durch die Pfändung entstehenden Rechts sei, abgesehen von dem Vorrechte gegenüber anderen Gläubigern, derselbe geblieben, wie der der Beschlagnahme des § 101, I. 24 A.G.O. Die C.P.O. hat in Ansehung der Zwangsvollstreckung durch Pfändung neues materielles Recht geschaffen. Nr. 3776. Sie hat eine neue Entstehungsart des Pfandrechts eingeführt, die Bestimmung über dessen Wirkungen aber, soweit nicht in § 709 Abs. 2 und 3 das Verhältnis zu anderen Gläubigern besonders geregelt ist, dem allgemeinen bürgerlichen Rechte überlassen. Das Pfändungspfandrecht hat deshalb auch gegenüber dem Schuldner der gepfändeten Forderungen nicht bloß die Bedeutung einer Beschlagnahme, sondern gewährt dem Pfändungspfandgläubiger alle Rechte eines Vertragspfandgläubigers. Es wäre also nicht folgerichtig, sollte der Pfändungspfandgläubiger einer Hypothek nicht in gleichem Maße gegen Einreden des Schuldners geschützt sein, wie der Vertragspfandgläubiger. Aus der Natur der Überweisung zur Einziehung läßt sich nichts herleiten, was die Wirkungen des Pfändungspfandrechts beeinträchtigen könnte. Die Überweisung bildet nur den Vermittelungsakt, der die Legitimation des Pfändungspfandgläubigers zur Geltendmachung des durch die Pfändung erworbenen Pfandrechts gegen den Drittschuldner herstellt. Was die Frage angeht, ob Pfändung mit nachfolgender Überweisung einer Hypothek als Erwerb gegen Entgelt im Sinne des § 38 Abs. 2 E.E.G. anzusehen sei, so ist nicht außer acht zu lassen, daß beide Akte nur dazu dienen, dem Gläubiger Befriedigung wegen einer vollstreckbaren Forderung zu verschaffen, und daß solche Befriedigung rechtlich nicht als unentgeltlicher Erwerb qualifiziert werden kann; denn der Gläubiger erhält mit seiner Befriedigung, gleichviel auf welchem Wege sie erfolgt, doch nur das, was ihm gebührt, und zwar, was ihm als Gegenleistung für seine Leistung zukommt, wenn nicht etwa der hier nicht in Frage kommende Ausnahmefall vorliegt, daß die Forderung des Gläubigers durch ein Schenkungsversprechen des Schuldners begründet ist. Nr. 2018.

Nr. 2022. V. Sen. 21. Januar 1893. V. 174. 316. 92. Bd. 30, Nr. 80, S. 273.

Einrede gegen die Klage aus der Grundschuld, daß diese dem Cedenten des Klägers nur verpfändet sei und der Kläger dies bei der Cession gewußt habe. Bedeutung der Sekuritätscession. § 38 Abs. 3 des preußischen E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Gegen die an sich begründete Klage aus der Grundschuld hat der Beklagte zunächst eingewendet, daß die Grundschuld dem Cedenten des Klägers, dem S., nicht zu eigen übertragen, sondern nur verpfändet worden sei und daß der Kläger hiervon Kenntnis gehabt habe, als er sich die Grundschuld cedieren ließ. Diese Einrede hat der Berufungsrichter mit Recht unter der Voraussetzung zugelassen, daß der Beklagte Beides erweisen werde, sowohl die bloße Verpfändung an S. als die Kenntnis des Klägers davon; denn die Bestimmung des § 38 Abs. 3. E.E.G., wonach Einreden gegen das Verfügungsrecht des Klägers aus der Person seines eingetragenen Rechtsurhebers gegen die Klage aus einer Grundschuld oder einer Hypothek unzulässig sind, ist trotz des scheinbar weitergehenden Wortlautes nur auf den Fall zu beziehen, daß der Kläger die Grundschuld oder Hypothek redlich, nämlich ohne Kenntnis der Einrede, erworben hat. Dies ergiebt sich aus der Entstehungsgeschichte dieser gesetzlichen Bestimmung. Der Berufungsrichter ist aber der Ansicht, daß der Beklagte den Beweis einer bloßen Verpfändung der Grundschuld an S. nicht erbracht habe, daß vielmehr diese Behauptung

des Beklagten durch die Beweiserhebung widerlegt sei, indem diese ergebe, daß zwar mit der Cession der Grundschuld eine Sicherstellung des S. wegen seiner Forderungen an den Beklagten, für den ursprünglich die Grundschuld eingetragen war, beabsichtigt worden sei, aber nicht durch eine Verpfändung, sondern durch eine Übereignung der Grundschuld an ihn. Der Berufungsrichter findet demnach in der Übereignung der Grundschuld an S. eine sogen. Sekuritätscession; er hält aber diese für geeignet, die Gläubigerrechte aus der Grundschuld im vollen Umfange an S. zu übertragen, und für ausreichend, um den S. zu einer weiteren Übertragung der Gläubigerrechte auf den Kläger zu legitimieren. Der hiergegen gerichtete Angriff der Revision scheint auf einer Verwechselung der Sekuritätscession mit der simulierten Cession zu beruhen. Die simulierte Cession allerdings ist keine Cession und gewährt deshalb dem nur vorgeschobenen Cessionar keine Klage aus dem ihm in Wirklichkeit nicht übertragenen Rechte. Bei der Sekuritätscession dagegen wird eine wirkliche Cession vorgenommen. Daß dies zu dem Zwecke geschieht, den Cessionar wegen anderweitiger Forderungen sicher zu stellen, ist auch nach preußischem Recht kein Umstand, der geeignet wäre, der von den Parteien beabsichtigten Übertragung des cedierten Rechts die Ernstlichkeit und damit die Rechtswirksamkeit zu benehmen. Diese Zweckbestimmung kann deswegen auch nicht schon an sich eine Einklagung des cedierten Rechts verhindern; dies könnte sie nur dann, wenn die Einklagung im Widerspruch stände mit der Absicht der Parteien, wenn sie also dolos erschiene, aber daß ein doloses Verfahren des Klägers vorliege, hätte der Beklagte darlegen müssen, und dies ist nicht geschehen. Nr. 3993. Nr. 397. Nr. 2023.

Nr. 2023. V. Sen. 21. Januar 1893. V. 174. 316. 92. Bd. 30, Nr. 80, S. 273.

Verweisung von Gegenforderungen gegen die Klage aus der Grundschuld zur Verhandlung in getrenntem Prozesse. § 136 Abs. 2 C.P.O. In dem Falle Nr. 2022 hatte der Beklagte den Kläger durch Vertrag als Vertreter für das Gut engagiert und machte Schadensforderungen, die ihm durch die schlechte Verwaltung des Gutes gegen den Kläger erwachsen sein sollten, eventuell im Wege der Kompensation gegen die Klage aus der Grundschuld geltend. Dem Antrage des Klägers, die Gegenforderungen des Beklagten zum besonderen Verfahren zu verweisen, ist in beiden Instanzen entsprochen worden. Darin könnte die Verletzung einer Rechtsnorm liegen, nämlich eine Verkennung der im Gesetze für die Verweisung zum getrennten Prozesse hingestellten Voraussetzung, daß die Einreden nicht in rechtlichem Zusammenhange mit der Klagforderung stehen. Die in dieser Beziehung erhobene Revisionsbeschwerde ist deshalb zulässig; sie ist aber unbegründet. Allerdings ist die zu diesem Punkte vom Berufungsgericht gegebene Begründung etwas kurz gefaßt; sie geht dahin, daß Gegenforderungen aus dem Verwaltungsvertrage mit der Klage aus der Grundschuld nicht in rechtlichem Zusammenhange ständen. Damit ist jedoch nicht ausgesprochen, was rechtsirrtümlich gewesen wäre, daß mit einer Grundschuld überhaupt keine Gegenforderungen rechtlich zusammenhängen können, sondern es ist nur der rechtliche Zusammenhang der hier aus dem Verwaltungsvertrage über das Gut erhobenen Gegenforderungen mit der Forderung aus der Grundschuld verneint worden. Dies ist richtig; denn abgesehen davon, daß die Grundschuld ursprünglich zu Gunsten des Eigentümers des verhafteten Grundstücks des Beklagten, also ohne einen materiellen Schuldgrund, eingetragen, dann vom Beklagten auf S. und erst von diesem auf den Kläger übertragen worden ist, fehlt ein Nachweis darüber, daß die Verwaltung des Gutes irgendwie in rechtlichem Zusammenhange damit gestanden habe, daß der Kläger und demnächst S. dem Beklagten Gelder angeliehen haben, und daß zur Sicherung dafür dem S. die Grundschuld cediert worden ist.

Nr. 2024. V. Sen. 30. November 1895. V. 406. 94. Bd. 36, Nr. 72, S. 293.

Einrede gegen eine Grundschuld aus Thatsachen, die dem Erblasser des Klägers beim Erwerbe der Grundschuld bekannt gewesen sind. § 38 Abs. 1 E.E.G. (Preuß. R.).

Die Kläger haben aus einer auf dem Grundstücke der Beklagten für sie in Höhe von 7500 Mk. eingetragenen Grundschuld auf Zahlung des Kapitals nebst rückständigen und laufenden Zinsen geklagt. In erster Instanz wurden die Beklagten verurteilt. Das Berufungsgericht hat auf Abweisung der Klage erkannt. Die Revision ist zurückgewiesen. Die Beklagten haben eingewendet, daß die Grundschuld nicht zu Recht bestehe und daß die diese Einrede begründenden Thatsachen dem Erblasser der Kläger beim Erwerbe der Grundschuld bekannt gewesen seien. Nach dem vom Berufungsrichter für erwiesen erachteten Sachverhalte ist die Grundschuld im Jahre 1872 auf Bewilligung des Z. bei gleichzeitiger Erwerbung des Grundstückes Nr. 4016 durch Auflassung für den bisherigen Eigentümer W. eingetragen worden. Eine Parzelle von 188,34 qm, die jetzt allein noch den Bestand des auf die Nr. 4016 im Grundbuche eingetragenen Grundstücks bildet, sollte nach dem übereinstimmenden Willen der Kontrahenten nicht mit aufgelassen, also auch nicht durch die von dem Erwerber bewilligte Grundschuld belastet werden, verblieb vielmehr im Besitz und Eigentum des W., während das an Z. veräußerte Grundstück Nr. 4016 im Jahre 1878 unter Ausschluß der gedachten Parzelle subhastiert und auf ein anderes Grundbuchblatt übertragen wurde, so daß der vom Verkaufe ausgeschlossenen Parzelle allein noch die bisherige Nr. 4016 verblieben ist. Der Berufungsrichter hat ferner aus den eidlichen Aussagen der Zeugen Z. und W., insbesondere des Letzteren die Überzeugung gewonnen und demgemäß thatsächlich festgestellt, daß der Erblasser der Kläger, der im Jahre 1873 die Grundschuld mittels Cession von W. erworben, bei dem Erwerbe der Grundschuld gewußt hat, daß sie nur hinsichtlich des an Z. thatsächlich verkauften Grundstücksteiles nach dem übereinstimmenden Willen der Kontrahenten zur Existenz gelangt war. Hiernach ist die Grundschuld bezüglich der jetzt den Bestand des Grundstücks Nr. 4016 bildenden Parzelle in Ermangelung eines auf die Belastung der letzteren gerichteten Willens der Beteiligten nicht zur rechtlichen Existenz gelangt. Es fragt sich aber, ob dieser Mangel gegenüber der Klage aus der formell bestehenden Grundschuld von den Beklagten geltend gemacht werden kann. Nach § 38 Abs. 1 E.E.G. sind gegen die Klage aus einer Grundschuld Einreden nur so weit zulässig, als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen oder sich aus dem Grundschuldbriefe ergeben oder die Thatsachen, auf die sie sich gründen, dem Kläger bei Erwerb der Grundschuld bekannt gewesen sind. Hier kommen nur die erste und die dritte Alternative in Betracht. Mit Recht charakterisiert der Berufungsrichter den Einwand der Beklagten, da er sich negatorisch gegen die Existenz der Belastung des Grundstücks richtet, als einen dinglichen, der als solcher den Beklagten aus eigenem Rechte zusteht. Sie würden daher diesen Einwand gegen den ersten Gläubiger zweifellos geltend machen können und könnten es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch gegen jeden Dritten, wenn nicht die Besonderheit des Grundbuchrechts eine Ausnahme zu Gunsten des redlichen Erwerbers statuierte. Dieser Schutz des redlichen Erwerbes auf den Glauben des Grundbuches tritt nicht bloß persönlichen Einreden oder Anfechtungsgründen gegenüber, sondern auch im Falle der materiellen Nichtigkeit des formal bestehenden Rechtes ein. Nr. 1877. Nr. 2001. Auch eine ihrer Natur nach dingliche (negatorische) Einrede kann daher der aus einer Grundschuld belangte Grundeigentümer nur gegen den ersten Grundschuldgläubiger, nicht aber gegen jeden dritten Erwerber der Grundschuld geltend machen. Zur Begründung der Einrede diesem gegenüber bedarf es des Nachweises des bösen Glaubens zur Zeit des Erwerbes d. h. der Kenntnis der die Einrede selbst begründenden Thatsachen. Nach dem Wortlaute des Gesetzes müssen diese Thatsachen dem Kläger beim Erwerbe der Grundschuld bekannt gewesen sein. Es ist auch kein Unterschied zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerbe gemacht wie bei den Einreden gegen die Klage aus der Hypothek (§ 32 Abs. 2 E.E.G.). Es fragt sich aber weiter, ob auch bei einem Erwerbe durch Universalsuccession dem Kläger sein böser Glaube bewiesen werden muß. Das ist vom Berufungsrichter mit Recht verneint worden, da die

Universalsuccession durch Erbschaft kein besseres Recht übertragen kann, als dem Erblasser zustand, auch der Glaube des Grundbuchs bei dem kraft Gesetzes eintretenden Erwerbe der Erbschaft überhaupt nicht in Frage kommt. Darin kann auch dadurch nichts geändert werden, daß die klagenden Erben die Grundschuld zunächst an einen unter ihnen, die Frau S., abgetreten und dann von dieser zurückerworben haben. Damit ist nur der frühere Zustand hergestellt d. h. die Abtretung an Frau S. rückgängig gemacht. Diese Abtretung und Rückcession erscheint als eine innere Angelegenheit der Erbregulierung, durch die der Charakter des Erwerbes der Kläger als Universalsuccessoren ihres Erblassers nicht geändert ist. Als solche aber müssen sie sich die Einrede gefallen lassen, die die Beklagten ihrem Erblasser hätten entgegensetzen können. Sie gelten im Sinne des § 38 Abs. 1 a. a. O. mit ihrem Erblasser als eine Person.

f) Übernahme von Hypothekenschulden seitens des Grundstückserwerbers.

Nr. 2025. IV. Sen. 21. November 1887. IV. 192. 87. Bd. 20, Nr. 52, S. 230.

Veräußerung des Pfandgrundstückes. Übernahme der Hypothek. Voraussetzungen der Erhaltung des persönlichen Anspruches des Hypothekengläubigers. (Preuß. R.). Die Anwendung des § 41 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 zu Gunsten des persönlichen Schuldners setzt voraus, daß die Hypothek innerhalb des dem Gläubiger zur Ausübung der Kündigungsbefugnis gegebenen Zeitraums noch bestanden und daß, wenn der Gläubiger von der Kündigungsbefugnis Gebrauch gemacht, die Hypothek bis zum Eintritte der Fälligkeit und bis zum Ablaufe des dem Gläubiger zur Eintragung gegebenen Zeitraumes fortbestanden hat. Nr. 2038. Die Vorschrift ist nicht anwendbar, wenn die Hypothek vor dem Ablaufe des für die Ausübung der Kündignngsbefugnis gesetzten Zeitraums oder nach erfolgter Kündigung vor Eintritt des Fälligkeitszeitpunktes oder nach eingetretener Fälligkeit vor Ablauf des für die Einklagung bestimmten sechsmonatlichen Zeitraumes infolge stattgehabten Zwangsverkaufes des verpfändeten Grundstückes zu bestehen aufgehört hat. Aber der Berufungsrichter hat irrtümlich angenommen, daß dem Gläubiger zu seiner Entschließung, ob er den Veräußerer aus der Schuldverbindlichkeit entlassen will, immer eine Frist von einem Jahre sechs Monaten gegeben sei und daß der innerhalb dieser Frist erfolgte Untergang des Hypothekenrechts den Untergang der persönlichen Schuldverbindlichkeit ausschließe. Im § 41 a. a. O. ist die Festsetzung einer Frist von einem Jahre sechs Monaten überall nicht enthalten. Es kommen vielmehr danach drei Fristen in Frage: zuerst die einjährige Frist zur Kündigung, sodann die vertragsmäßige Zahlungsfrist von der Zeit der Kündigung an, endlich die sechsmonatliche Frist zur Einklagung. Die erste Frist bezieht sich auf die Kündigung dergestalt, daß, wenn innerhalb der Frist die Kündigung nicht erfolgt, obwohl sie rechtlich möglich ist, der Untergang der persönlichen Schuldverbindlichkeit des Veräußerers eintritt. Ist die Kündigung geschehen, so kann von dem Untergange der persönlichen Schuldverbindlichkeit erst mit dem Ablaufe der Zahlungsfrist und der zur Einklagung gegebenen sechsmonatlichen Frist, sofern innerhalb dieser letzteren Frist die Einklagung nicht eintritt, die Rede sein, vorausgesetzt, daß der Untergang der persönlichen Forderung nicht innerhalb der letzteren beiden Fristen durch den Untergang der Hypothek gehindert wird. Der Umstand, daß das Zwangsvollstreckungsverfahren bereits vor dem Ablaufe des einjährigen Zeitraumes von dem Tage der Auflassung an eingeleitet worden ist, erscheint nicht geeignet, das Kündigungserfordernis zu ersetzen; es liegt nicht in der Macht des Hypothekengläubigers, der seine Forderung nicht gekündigt hat, den Zwangsverkauf unabhängig von dem Willen der daran beteiligten Personen durchzuführen. Nr. 2039.

Nr. 2026. I. Hilfs-Sen. 25. November 1879. IVa. 116. 79. Bd. 1, Nr. 48, S. 117.

Übernahme der Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld. § 41 des preußischen Gesetzes vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Der Gläubiger erlangt gegen den Erwerber

im Augenblicke des Überganges des Eigentums am Grundstücke die persönliche Klage, und zwar ohne daß er seinen Beitritt zu dem Veräußerungsvertrage durch ausdrückliche Erklärung oder auch nur stillschweigend erkennen zu geben nötig hat. Der Anspruch erlischt nicht dadurch, daß Veräußerer und Erwerber nach der Auflassung den Übernahmevertrag durch einen neuen Vertrag rückgängig machen.

Nr. 2027. I. Hilfs-Sen. 11. Oktober 1881. IV^a. 624. 80. Bd. 5, Nr. 87, S. 321.

Übernahme der eigenen Hypothekenforderung auf den Kaufpreis des verpfändeten Grundstückes durch den Käufer. Haftung desselben im Falle der Cession. §§ 41, 63—66 des Gesetzes über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Die Vorschrift in § 41 a. a. O. setzt zu ihrer direkten Anwendung die Existenz eines von den Personen der Kontrahenten verschiedenen Hypothekgläubigers voraus. Eine analoge Anwendung auf den vorliegenden Fall wird insbesondere dadurch ausgeschlossen, daß Niemand ein Forderungsrecht gleichzeitig für und gegen sich begründen kann. Von dem Falle der Eigentümerhypothek unterscheidet sich der vorliegende dadurch, daß dort ein bereits existentes Schuldverhältnis kraft einer der Beförderung des Hypothekenverkehrs dienenden an den formalen äußerlich nicht modifizierten Bestand der Hypothekforderung anknüpfenden Fiktion den Durchgang durch die Person des Gläubigers überdauert, während es sich hier um Neubegründung eines persönlichen Rechtes gegen sich selbst auf seiten des Hypothekgläubigers handelt. Von einem Interesse des Hypothekengläubigers an der Erlangung eines zweiten persönlichen Schuldners kann auch nicht die Rede sein, wenn er selbst dieser Schuldner sein müßte, und dafür, daß die Kontrahenten etwa beabsichtigt hätten, das Interesse eines künftigen Cessionars des Beklagten wahrzunehmen, ist kein Anhalt gegeben. Die Schuldübernahme bewirkt für sich weder nach § 41 a. a. O. noch in anderen Fällen ein Erlöschen der Verbindlichkeit des alten Schuldners bezw. eine direkte Succession des Übernehmers in dieselbe, sondern der Gläubiger erhält zunächst zwei Schuldner, und es hängt von seinem Verhalten ab, ob jene Succession wirklich eintritt. Es kann anerkannt werden, daß, wenn der Gläubiger selbst seine Forderung in Anrechnung auf den von ihm geschuldeten Kaufpreis übernimmt, hierdurch die persönliche Verpflichtung des Verkäufers gegen ihn für jene Forderung, sei es durch Kompensation oder durch Konfusion, erlöschen muß. Aber die Erlöschung der persönlichen Verbindlichkeit des Verkäufers macht nicht die Neubegründung einer solchen in der Person des Käufers notwendig. Allerdings ist für die Entstehung einer Hypothek die Existenz einer rechtsgültigen persönlichen Verbindlichkeit unerläßlich (§§ 11, 12, I. 20 A.L.R.), und insoweit ist sie ein accessorisches Recht. Gleichwohl erlangt sie durch die Eintragung in das Grundbuch und den sich hieran knüpfenden öffentlichen Glauben eine Selbständigkeit, die sie in gewissem Maße von dem ferneren Schicksale der persönlichen Forderung unabhängig macht. Es steht nichts der Annahme entgegen, daß der mit der fraglichen Hypothekforderung verbunden gewesene persönliche Anspruch gegen den Verkäufer infolge der Übernahme der Hypothek durch den Beklagten mit einer auch gegen jeden späteren Erwerber derselben wirksamen peremtorischen Einrede behaftet worden ist, ohne daß gleichzeitig eine entsprechende persönliche Verpflichtung des Beklagten zur Entstehung gekommen wäre. Hat hiernach der Beklagte beim Erwerbe des Pfandgrundstückes eine persönliche Verpflichtung für die fragliche Hypothekenforderung, sei es auch nur eine vorläufig noch ruhende, nicht überkommen, so ist ihm solche auch nicht aus der Cession dieser Forderung an den Auktor des Klägers erworben. Denn nach der richtigen Ansicht ist der die Hypothekenforderung weiter cedierende Eigentümer wirklicher Cedent und übernimmt nur die Pflichten eines solchen, nicht aber eine ihm nicht sonst schon obliegende persönliche Verpflichtung für die abgetretene Forderung. Der öffentliche Glaube des Grundbuches vermag hierin nichts zu ändern, da dasselbe über die Gestaltung des persönlichen Schuldverhältnisses, das der Hypothek zu Grunde liegt, nichts ergiebt. Nr. 2033.

Nr. 2028. IV. Sen. 11. Mai 1882. IV. 235. 82. Bd. 7, Nr. 72, S. 255.

Hypothekenschuld. Übernahme. § 41 des E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Der Kläger verkaufte ein Grundstück an den Beklagten, der eine Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm. Der Beklagte verkaufte weiter an O., Letzterer demnächst an P. Bei beiden letzteren Verkäufen wurde der Hypothekengläubiger seitens der Verkäufer von der Schuldübernahme benachrichtigt. Der Hypothekengläubiger hat die Hypothek erst solange nach eingetretener Fälligkeit gegen P. eingeklagt, daß er des persönlichen Forderungsrechts gegen den Beklagten und gegen O. verlustig geworden ist. Dagegen war dem Gläubiger, nachdem bei der Kaufgelderbelegung in der gegen P. eingeleiteten Subhastation der größte Teil der Hypothek ausgefallen war, sein Anspruch gegen den Kläger des ersten persönlichen Schuldners verblieben, weil dieser es unterlassen hatte, nach dem an den Beklagten erfolgten Verkaufe den Hypothekengläubiger von der Übernahme der Hypothek zu benachrichtigen. Der Kläger hat gemäß ergangenen Urteils den Hypothekengläubiger befriedigt und verlangt vom Beklagten Erstattung. Die Klage ist begründet. Der Kläger verfolgt nicht etwa einen Regreßanspruch wegen eines ihm durch Verschuldung des Beklagten veranlaßten Schadens. Er klagt auch nicht aus den Rechten des von ihm befriedigten Hypothekengläubigers. Die Klage ist vielmehr die Vertragsklage des Verkäufers gegen den Käufer. Gemäß §§ 76, 221, I. 11 A.L.R. entstand für den Beklagten als Käufer aus der Übernahme der Hypothek gegenüber dem Kläger als Verkäufer die Verpflichtung, den Hypothekengläubiger zu befriedigen oder den Kläger auf andere Weise von seiner Zahlungspflicht gegen diesen zu befreien. Bei jetziger Sachlage tritt an Stelle der Befreiungspflicht die ursprüngliche Vertragspflicht zur Zahlung des Kaufpreises an den wegen desselben noch nicht befriedigten Verkäufer. Daß Kläger durch sein Unterlassen der Benachrichtigung selbst ein Versehen begangen, das ihn seines Anspruches an den Beklagten verlustig gemacht habe, ist nicht anzuerkennen. Der § 41 E.E.G. vom 5. Mai 1872 regelt nur die Rechte und Pflichten der betreffenden *Hypothekengläubiger* gegenüber dem Veräußerer und dem Erwerber des verhafteten Grundstücks und läßt die vertraglichen Beziehungen des Verkäufers und des Käufers zu einander unberührt. Eine *Verpflichtung* zur Benachrichtigung, insbesondere eine solche dem *Beklagten* gegenüber, bestand für den Kläger nicht.

Nr. 2029. V. Sen. 25. Mai 1895. V. 427. 94. Bd. 35, Nr. 60, S. 230.

Bekanntmachung der Übernahme einer Hypothek. § 41 E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt lediglich von der Beantwortung der Fragen ab, ob in den Erklärungen, die der Beklagte (Veräußerer des Grundstücks, persönlicher Schuldner der Klägerin) nach dem 5. Oktober 1882 (dem Tage der Auflassung) dem mit der Vertretung der Klägerin beauftragten Generalagenten L. gegenüber abgegeben hat, eine Bekanntmachung im Sinne des § 41 E.E.G. zu finden ist und ob L. zur Entgegennahme einer solchen Bekanntmachung mit einer die Klägerin verbindenden Wirkung ermächtigt war. Der Berufungsrichter kommt zur Verneinung der ersten Frage. Mit Recht rügt die Revision, daß der Berufungsrichter in seinen Erwägungen die Anforderungen an die Deutlichkeit der Schuldübernahmeanzeige überspannt habe. Wenn der Beklagte unter Überreichung einer Abschrift des Kaufvertrages erklärte, nach Inhalt des Vertrages verschulde er der Klägerin nichts mehr, er werde auch die Zinsen nicht mehr zahlen und wolle überhaupt mit der Klägerin nichts mehr zu thun haben, so läßt diese Erklärung eine andere Deutung als die, daß der Käufer die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen habe, nicht zu. Weiter aber verlangt das Gesetz nichts, insbesondere legt es keinen Wert darauf, ob der Erklärende von der Wirkung der Schuldübernahme auf den Fortbestand seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit eine rechtlich zutreffende Anschauung gehabt hat. In dem im Urteil des Reichsgerichts vom 18. Februar 1893 entschiedenen Falle war dem Gläu-

biger lediglich die Thatsache des Verkaufes mitgeteilt und daran die Aufforderung geknüpft worden, die Zinsen der Hypothek vom Käufer einzuziehen. Dies ist nicht für genügend erachtet, weil in der Anzeige gar kein Hinweis auf die Schuldübernahme vorlag, insbesondere nicht in der erwähnten Aufforderung, da der Erwerber des Grundstücks für die Zinsen dinglich haftete. Der Berufungsrichter hat auch die zweite Frage verneint. Die Revision rügt hier mit Recht, daß der Berufungsrichter die rechtliche Stellung des Generalagenten L. den Parteien gegenüber unrichtig beurteilt habe. Richtig ist freilich, daß L. nicht in dem Sinne Bevollmächtigter der Klägerin war, daß er in deren Namen Verträge abschließen oder rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben durfte; aber nach dem Inhalt der in den Vorinstanzen bezogenen Geschäftsinstruktion hatte er den geschäftlichen Verkehr der Parteien zu vermitteln, Gelder einzuziehen, die pünktliche Zahlung der Zinsen zu kontrollieren. Seine Vermittelungsthätigkeit war also nicht mit der Entgegennahme und Weiterbeförderung des Beleihungsvertrages beendet. Mit Rücksicht auf diese weitgehende und dauernde Vertrauens- und Vermittlerstellung des L. muß die Auffassung des Beklagten, daß jener alle auf die Hypothek bezüglichen Erklärungen behufs Weiterbeförderung an die Klägerin entgegenzunehmen hatte, für berechtigt erklärt werden, und die Klägerin würde sich dem Vorwurf der Arglist aussetzen, wenn sie dies nicht anerkennen wollte. Es kommt hinzu, daß L. selbst nach seiner eidlichen Bekundung der Auffassung ist, daß es zu seinen Obliegenheiten als Generalagent gehört habe, Anzeigen im Sinne des § 41 E.E.G. entgegenzunehmen und zu übermitteln, zumal er verpflichtet gewesen sei, Eigentumsveränderungen der beliehenen Güter der Klägerin mitzuteilen, um dieser die Grundlage für die Entscheidung zu geben, ob die Hypothekendarlehne gekündigt werden sollen. Mit Unrecht bezieht sich der Berufungsrichter auf das Urteil des Reichsoberhandelsgerichts in dessen Entscheidungen Bd. 15, S. 271 ff., wo ausgeführt wird, daß der kaufmännische Agent im Zweifel nicht für ermächtigt angesehen werden könne, Dispositionsstellungen in dem Sinne anzunehmen, daß ihm die Enschließung über die Redressierung des Geschäfts, also die Genehmigung der Dispositionsstellung zustehe. Hier handelt es sich gar nicht um die Frage, ob L. irgend welchen Entschluß auf die gemäß § 41 a. a. O. an ihn gerichtete Anzeige mit bindender Wirkung für die Klägerin fassen durfte, sondern um die Frage, ob der Beklagte mit Rücksicht auf die von der Klägerin eingeräumte Vertrauensstellung anzunehmen berechtigt war, daß L. die Anzeige der Schuldübernahme weiter zu befördern habe. Die oben in bejahendem Sinne getroffene Entscheidung steht in grundsätzlichem Einklange mit den Urteilen in den Fällen Nr. 1087. Nr. 1084. Nr. 1101. Nr. 1077. Hat sonach der Beklagte dem L. eine dem § 41 a. a. O. entsprechende Anzeige gemacht und war L. befugt, die Anzeige entgegenzunehmen und verpflichtet, sie an die Klägerin weiter zu befördern, so treffen die Folgen des Versehens des L., das darin liegt, daß er die Anzeige nicht weiter befördert hat, die Klägerin. Da die Letztere die nach § 41 a. a. O. zur Erhaltung ihres persönlichen Anspruchs an den Beklagten erforderlichen Schritte unstreitig nicht gethan hat, so ist die abweisende Entscheidung des ersten Richters richtig.

Nr. 2030. I. Hilfs-Sen. 16. März 1880. IV^a. 92. 79. Bd. 1, Nr. 142, S. 403.

Übernahme der Hypothek. § 41 des Gesetzes über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Die persönliche Klage des Gläubigers gegen denjenigen, welcher beim Erwerbe eines Grundstückes eine Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernimmt, ist die Klage aus dem der Hypothek zu Grunde liegenden Schuldverhältnisse, nicht aus dem Kaufvertrage. Der Ausdruck „persönliche Klage" bildet den Gegensatz zu der Klage aus der Hypothek. Der Übernehmer succediert kraft gesetzlicher Vorschrift in die Obligation des Schuldners. Wie sich das Rechtsverhältnis des Gläubigers gegen den Übernehmer von Kaufgeld vor dem Gesetze vom 5. Mai 1872 nach preußischem Recht gestaltete, ist gleichgültig, da der cit. § 41 in betreff der Ver-

haftung des Übernehmers neues Recht geschaffen hat. Gegenüber der persönlichen Klage, wenn sie aus einem Darlehn entspringt, hat der Schuldner die Einreden, die ihm aus dem Darlehnsgeschäft zustehen; er darf deshalb den Empfang der Darlehnsvaluta bestreiten. Gegenüber dem anerkannten, das Bekenntnis des Darlehnsempfanges enthaltenden Schuldschein ist es jedoch nach § 732, I. 11 A.L.R. Sache des Schuldners, die Nichtzahlung der Valuta zu beweisen. Nr. 422.

Nr. 2031. V. Sen. 11. Juli 1888. V. 129. 88. Bd. 22, Nr. 50, S. 237.

Voraussetzungen des Erwerbes der persönlichen Klage gegen den Erwerber des mit der Hypothek belasteten Grundstückes. (Preuß. R.). Ist der Veräußerer nicht zugleich persönlicher Schuldner des Hypothekengläubigers, so entsteht durch die Übernahme der Hypothek für den Erwerber als den jetzigen Eigentümer des Pfandgrundstückes nur die gleiche Verpflichtung, welche dem Veräußerer in dieser Eigenschaft oblag, nämlich zu dulden, daß der Hypothekengläubiger seine Befriedigung aus dem Pfandgrundstücke suche. Diese Verpflichtung tritt ohne Weiteres, kraft Gesetzes (§§ 53, 54, I. 20 A.L.R.) ein. Ist dagegen der Veräußerer für die Hypothek auch persönlich verhaftet, so hat der Erwerber dafür zu sorgen, daß der Veräußerer von dem Hypothekengläubiger, welchem derselbe auch nach der Veräußerung persönlich mit seinem ganzen Vermögen weiter haftet (§ 48, I. 20 A.L.R.) nicht in Anspruch genommen wird, also den Hypothekengläubiger zu vermögen, den Veräußerer aus seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit zu entlassen und, falls ihm dies nicht gelingt, durch Befriedigung des Gläubigers die Schuldverbindlichkeit aufzuheben und dadurch auch die Befreiung des Veräußerers zu bewirken. Während also in diesem Falle der Erwerber dem Veräußerer gegenüber mit seinem ganzen Vermögen in die bestehende Schuldverbindlichkeit eintritt, verbleibt es im ersten Falle lediglich bei der Verhaftung des Pfandgrundstückes. Eine neue persönliche Verbindlichkeit für die Hypothek wird durch deren Übernahme allein auf seiten des Erwerbers nicht begründet. Unter der Herrschaft des A.L.R. erwarb der Hypothekengläubiger aus dem lediglich zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber geschlossenen Übernahmevertrage keinerlei Recht (§§ 74ff. I. 5 A.L.R.). Für ihn änderte sich die Sachlage nicht. An diesem Prinzip hielt auch die Deklaration vom 21. März 1835 §§ 1 und 3 fest. In den beiden dort gedachten Fällen wurde eine persönliche Verpflichtung des Erwerbers zur Tilgung der Hypothekenschuld vorausgesetzt, damit der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage erlangte. Der § 41 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 giebt nun dem Hypothekengläubiger ohne seinen Beitritt und ohne Cession der Rechte des Veräußerers aus dem Übernahmevertrage das Recht, aus dem Übernahmevertrage an Stelle des Veräußerers Erfüllung d. h. seine Befriedigung vom Erwerber zu verlangen. Die rechtliche Natur der Obligation des Gläubigers erleidet dadurch keine Veränderung. Die Bestimmung des § 41 Abs. 1 a. a. O. kommt also nur dann zur Anwendung, wenn der Veräußerer persönlicher Schuldner der Hypothek ist. — Es fehlt an einem inneren Grunde, den Eintritt der Rechtsfolgen des § 41 E.E.G. bei Übernahme der Hypotheken ausschließlich von dem Abschlusse eines Kaufvertrages abhängig zu machen; denn nicht die Natur des Veräußerungsvertrages als Kaufvertrag ist der Grund der persönlichen Haft des Erwerbers, sondern die Erklärung der Übernahme der Hypotheken. Hiernach steht der Umstand, daß der Erwerb des Pfandgrundstückes unter Übernahme der Hypotheken bei einer Erbteilung erfolgt ist, der Anwendung des § 41 a. a. O. nicht entgegen. Nr. 2033. Nr. 2032.

Nr. 2032. V. Sen. 6. April 1892. V. 312. 91. Bd. 29, Nr. 54, S. 217.

Übernahme einer auf dem ganzen Grundstücke haftenden Hypothek, bei der Veräußerung eines Miteigentumsanteils an den anderen Miteigentümer, wenn der Erwerber schon vorher für die Hypothek persönlich haftete. § 41 Abs. 2 E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Es muß angenommen werden, daß in § 41 E.E.G. mit

dem Ausdrucke „Erwerber eines Grundstückes" auch der Erwerber eines Miteigentumsanteiles am Grundstücke bezeichnet werden soll. Bedenken könnte die Frage hervorrufen, ob der § 41 Abs. 2 E.E.G. auch in den Fällen anzuwenden ist, in denen der Übernehmer bereits persönlicher Schuldner der übernommenen Hypothekenforderung war und auch nach wie vor nur in ganz derselben Art verhaftet bleibt. In der Regel bewirkt die Schuldübernahme eine Erweiterung der Gläubigerrechte insofern, als dem Veräußerer in dem Erwerber ein neuer Schuldner hinzutritt. Diese Wirkung kann die Schuldübernahme aber nicht haben, wenn der Erwerber bereits Schuldner der übernommenen Hypothek war. Er wird dann dadurch, daß er sich durch die Übernahmeerklärung noch einmal zum Schuldner bekennt, allerdings rechtlich für dieselbe Schuld aus einem doppelten Grunde verhaftet. Ob hierdurch thatsächlich eine Änderung des Schuldverhältnisses herbeigeführt wird, hängt von der Art der bisherigen Haftung ab. Erwirbt z. B. ein Miterbe, der infolge Antritts der Erbschaft mit Vorbehalt für die Nachlaßhypotheken nur in Höhe seines Erbteiles verhaftet war (§ 134, I. 17 A.L.R.) ein Nachlaßgrundstück unter Übernahme der darauf haftenden Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis, so haftet er infolge der Übernahme als persönlicher Schuldner anders als vorher; er haftet nunmehr in dem gleichen Umfange wie die veräußernden Miterben d. h. bis zum Gesamtbetrage aller Erbteile, falls auch die Miterben die Erbschaft mit Vorbehalt angetreten haben, und unbeschränkt mit seinem gesamten Vermögen, falls die Miterben die Erbschaft ohne Vorbehalt angenommen haben (§§ 418, 419, I. 9 A.L.R.). In solchem Falle tritt eine so wesentliche Veränderung in der persönlichen Schuldverbindlichkeit des Erwerbers ein, daß dieser als ein neuer Schuldner erscheint, und dann wird die Anwendung des § 41 a. a. O. keinen Zweifeln begegnen. Aber wenn auch, wie im vorliegenden Falle, durch die Übernahme der Hypothek in keiner Weise eine Erweiterung oder Stärkung der Gläubigerrechte bewirkt, dadurch vielmehr lediglich dem Veräußerer die Möglichkeit eröffnet wird, auf dem ihm bisher nicht zugänglichen Wege des § 41 Abs. 2 E.E.G. von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei zu werden, darf doch dem Veräußerer dieser Weg nicht verschlossen werden. Denn eine Übernahme in Anrechnung auf den Kaufpreis findet statt und etwas Weiteres wird im § 41 nicht gefordert. Daß die Übernahme thatsächlich dem Gläubiger nicht mehr bietet, als er schon hat, kann ihre rechtliche Bedeutung nicht beeinträchtigen. Auch folgende sachliche Erwägungen führen zu dem gleichen Ergebnisse. Unfraglich geht die Absicht der für die Hypothek als Gesamtschuldner haftenden Miteigentümer des Pfandgrundstücks, von denen der eine den Miteigentumsanteil des anderen unter oder gegen Übernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis abgetreten erhält, dahin, daß der abtretende Miteigentümer auch von seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit gänzlich frei werden und daß der erwerbende Miteigentümer fortan, wie mit dem Pfandgrundstücke, auch mit seinem übrigen Vermögen allein dem Gläubiger der übernommenen Hypothek verhaftet bleiben soll. Der erwerbende Miteigentümer wird durch solche Übernahme seinem Gegenkontrahenten gegenüber verpflichtet, jene Absicht dadurch zu verwirklichen, daß er dessen Entlassung aus der persönlichen Mithaftung seitens des Gläubigers herbeiführt. Die dem Veräußerer in § 41 Abs. 2 a. a. O. gewährte Möglichkeit, von seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit frei zu werden, soll nun einen Ausgleich dafür bilden, daß dem Gläubiger in § 41 Abs. 1 a. a. O. auch ohne Beitritt und Cession gegen den Erwerber das direkte Klagrecht gegeben wird, es ist also für den Gläubiger als Folge des ihm beigelegten unmittelbaren Klagrechts gegen den Übernehmer der Verlust der persönlichen Klage gegen den Veräußerer festgesetzt. Nr. 2031. Daher ist das Freiwerden des Veräußerers von seiner persönlichen Verbindlichkeit auf dem im § 41 Abs. 2 vorgezeichneten Wege dadurch bedingt, daß der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage erlangt. Aber daraus folgt nicht notwendig, daß die Anwendung des § 41 Abs. 2 ausgeschlossen ist, wenn dem Gläubiger eine persönliche Klage gegen den Erwerber bereits zustand, als die Übernahme erklärt wurde und

die Abtretung des Grundstückes stattfand. Der Gläubiger muß allerdings dagegen geschützt sein, daß er ohne sein Zuthun das seiner Hypothek unterliegende persönliche Forderungsrecht nicht verliert. Solcher Verlust tritt aber nur ein, so oft der bisherige persönliche Schuldner wegfallen kann, ohne daß ein anderer dessen Stelle einnimmt, nicht da, wo von mehreren persönlich haftenden Gesamtschuldnern nur dem einen die Möglichkeit, frei zu werden, gegeben ist, so daß immer noch die persönliche Schuldverbindlichkeit bei der Hypothekenforderung bestehen bleibt. Das Letztere trifft namentlich zu, wenn eine Hypothekenforderung auf mehreren Grundstücken zur Mithaftung eingetragen ist, deren verschiedene Eigentümer als Korrealschuldner persönlich dafür haften, und einer der Eigentümer das Grundstück des anderen unter Übernahme der Hypothek erwirbt. Nicht minder in dem zur Entscheidung stehenden Falle. Hier behält der Gläubiger, auch wenn der ausscheidende Eigentümer oder Miteigentümer aus der persönlichen Schuldverbindlichkeit treten sollte, in dem Zurückbleibenden einen persönlichen Schuldner. Dem Gläubiger wird dadurch nicht zu nahe getreten, daß dem veräußernden Miteigentümer die Möglichkeit eröffnet ist, von seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit frei zu werden; denn er hat es in der Hand, durch rechtzeitige Erhebung der dinglichen Klage gegen den erwerbenden Miteigentümer den veräußernden als seinen persönlichen Schuldner festzuhalten. Die Bestimmung des § 41 hat offenbar den Zweck, die Verwirklichung der Absicht der Kontrahenten dadurch zu fördern, daß sie das Heraustreten desjenigen auch aus dem persönlichen Schuldverhältnisse ohne Zuthun des Gläubigers ermöglicht, welcher durch die Abtretung seines Eigentums oder Miteigentumsanteils am Pfandgrundstücke bereits aus dem dinglichen Pfandverbande geschieden ist. Hiermit würde nicht zu vereinigen sein, alle die Fälle den Bestimmungen des § 41 zu entziehen, in denen der Erwerber des Pfandgrundstückes oder eines Eigentumsanteils daran dem Gläubiger auch ohne die Übernahme der Hypothek dafür persönlich haftet.

Nr. 2033. V. Sen. 23. Februar 1889. V. 325. 88. Bd. 23, Nr. 54, S. 251.

Übernahme der bei Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigten Hypotheken durch den Ersteher im Zwangsversteigerungsverfahren. (Preuß. R.). Über den Eintritt des Erstehers in die persönliche Schuldverbindlichkeit für die nach § 57 Abs. 3 des Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883 von ihm in Anrechnung auf den Kaufpreis zu übernehmenden Hypotheken hat dies Gesetz nur die Bestimmung in § 115 Abs. 3. Danach finden auf eine derartige Übernahme der Hypotheken die Bestimmungen des § 41 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 entsprechende Anwendung. Hiermit ist ausgedrückt, nicht daß der Ersteher in allen Fällen persönlicher Schuldner der Hypotheken wird, sondern daß dies nur unter den Voraussetzungen jenes § 41 der Fall sein soll. Zu den Voraussetzungen, unter welchen nach § 41 a. a. O. der Gläubiger die persönliche Klage gegen den die Hypothek übernehmenden Erwerber des Grundstückes erlangt, gehört, daß der Veräußerer für die übernommene Hypothek persönlich verhaftet ist. Nr. 2031. Als Veräußerer in diesem Sinne kann im Zwangsversteigerungsverfahren nur der Subhastat F. in Betracht kommen und dieser nur auf Grund des Kauf- und Schuldübernahmevertrages vom 10. Juli 1872 persönlicher Schuldner des Klägers geworden sein. Die Wirkung der Schuldübernahme ist, da dem § 41 a. a. O. rückwirkende Kraft nicht beigelegt werden kann, nach dem vor dem 1. Oktober 1872 in Geltung gewesenen Rechte, der Deklaration vom 21. März 1835, zu bemessen. Danach reicht die vom Erwerber des Pfandgrundstückes dem Veräußerer gegenüber erklärte Übernahme der Hypothek nicht aus, um den Erwerber dem Gläubiger persönlich zu verpflichten. Die Erfordernisse der §§ 1 und 3 der Deklaration sind vom Kläger nicht behauptet. Der Subhastat F. war mithin nicht persönlicher Schuldner der vom Beklagten übernommenen Hypothek. Der Kläger hat deshalb auch nicht gegen den Beklagten als Ersteher die persönliche Klage erlangt. Irrig ist die Meinung, daß im Zwangsverstei-

gerungsverfahren der Fall des § 41 Abs. 1 E.E.G. nicht vorliege, weil der Hypothekgläubiger an dem Übernahmevertrage teilgenommen oder wenigstens als teilnehmend anzusehen sei. Die Übernahme der bei Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigten Hypotheken durch den Ersteher erfolgt lediglich auf Grund des Gesetzes (§ 57 Abs. 3 des Gesetzes vom 13. Juli 1883) und wird durch die Erklärung des Richters vollendet (§ 115 das.). Die Beteiligung des Erstehers und des Gläubigers ist für das Zustandekommen der Übernahme weder erforderlich noch von irgend welcher Bedeutung. — Im Falle Nr. 3819 ist die hier zur Entscheidung stehende Frage nicht beantwortet. — Die für den Fall der Ersatzhypothek (§§ 58, 107 Abs. 2 a. a. O.) gegebenen besonderen Vorschriften gestatten nicht den Schluß, daß auch dann eine persönliche Schuldverbindlichkeit des Erstehers ohne weiteres der zu übernehmenden Hypothek zu substituieren sei, wenn für diese eine persönliche Schuldverbindlichkeit auf seiten des Veräußerers nicht besteht und deshalb auch nicht auf den Ersteher übergehen kann; denn hier wird keine neue Hypothek unter Verwendung der Kaufgelderschuld des Erstehers gebildet, sondern es bleibt die Hypothek, wie sie vorhanden ist, bestehen und die persönliche Schuldverbindlichkeit bei derselben erleidet nur diejenigen Änderungen, welche sich aus der Anwendung des § 41 des E.E.G. ergeben. Jeder dieser beiden Fälle ist durch besondere Bestimmungen geregelt, die Übernahme der bestehenden und verbleibenden Hypothek durch den Abs. 3 des § 115, die Übernahme einer Ersatzhypothek durch den § 58 und den Abs. 2 des § 107; die Anwendung der für den einen Fall gegebenen Bestimmungen auf den anderen ist ausgeschlossen, weil sie das Gesetz nicht anordnet. Auch von einer analogen Anwendung kann nicht die Rede sein, weil es an der Gleichheit des Rechtsgrundes fehlt. Nr. 2027.

Nr. 2034. V. Sen. 28. Januar 1893. V. 282. 92. Bd. 30, Nr. 84, S. 288.

Bedeutung der Übernahme von Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis für die zu der Schuld eingetragenen Zahlungsmodalitäten und Nebenverpflichtungen. (Preuß. R.). Was zunächst den Klaggrund der Gewährleistungspflicht angeht, so muß dem Berufungsrichter darin beigetreten werden, daß die nach § 184, I. 11 A.L.R. den Verkäufer von der Gewährleistungspflicht für die auf dem Gute haftenden „Privatschulden und Verbindlichkeiten" befreiende „ausdrückliche Übernahme" dieser nicht eine vollständige Aufzählung aller Einzelheiten der zu übernehmenden Schuld zu enthalten braucht. Die gesetzliche Bedeutung der Übernahme einer Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld ist (§ 41 E.E.G. vom 5. Mai 1872) der Eintritt des Käufers in das Schuldverhältnis nach seiner persönlichen wie nach seiner dinglichen Seite. Das Schuldverhältnis kann ohne Zustimmung des Gläubigers nicht in der Weise geteilt werden, daß einzelne Bedingungen desselben auf den Käufer übergehen, andere dem Verkäufer verbleiben; und die erklärte Übernahme einer bestimmten Hypothek unter ihrer Bezeichnung nach dem Betrage der Hauptforderung und unter der schon in dem Ausdrucke „Hypothek" enthaltenen Verweisung auf das Grundbuch bekundet daher von Rechts wegen den Willen des Käufers, die Hypothek und die ihr zu Grunde liegende persönliche Schuld mit denjenigen Nebenverpflichtungen und Zahlungsmodalitäten zu übernehmen, die für diese Hypothekenschuld vertragsmäßig bestehen und durch die Eintragung im Grundbuche gedeckt sind. So besteht kein Zweifel darüber, daß durch die Übernahme der unter den übernommenen 640 000 Mk. unstreitig enthaltenen Hypothek von 530 000 Mk. für die A. Bank zugleich die eingetragene Verzinsungs- und Amortisationspflicht übernommen ist. Das Gleiche muß aber gelten von der durch Hinweis auf Nr. 3 der Schuldurkunde eingetragenen Verpflichtung des Schuldners, sich in gewissen Fällen die Kündigung des Kapitals vor Ablauf der Amortisationsperiode gefallen zu lassen. Die für diese Fälle vorbehaltene Kündigungsbefugnis der Gläubigerin ist ein untrennbarer Teil des Schuldverhältnisses, wie es vertragsmäßig besteht und im Grundbuche eingetragen ist. Diese Hypothek kann nicht anders als mit dem so

gestalteten Kündignngsrechte der Gläubigerin übernommen werden. Der erklärte Wille, diese Hypothek zu übernehmen, schließt also von Rechts wegen auch in dem Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer den Willen des Ersteren ein, die Hypothek als eine in den vorgesehenen Fällen kündbare zu übernehmen. Selbst ein Irrtum des Käufers über das Bestehen und die einzelnen Fälle des Kündigungsrechts würde als solcher nichts daran ändern, da weder ein Irrtum im Wesentlichen des Geschäfts oder in dem Hauptgegenstande der Erklärung noch ein Irrtum in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften (§§ 75, 77, I. 4 A.L.R.) vorliegen würde. Nach dem Antrage des Revisionsklägers soll nun zwar das Kündigungsrecht der Gläubigerin nur so weit zur Löschung gebracht werden, als es vorbehalten ist in den Fällen e und g der Nr. 3 der Schuldurkunde, den Fällen der Parzellierung und der unbewilligten Verpachtung des Pfandgutes, und dafür wird weiter geltend gemacht, daß diese Bestimmungen der Schuldurkunde und die darauf erfolgte Eintragung Eigentumsbeschränkungen darstellen. Dieser Ansicht kann aber nicht beigetreten werden. Eigentumsbeschränkungen würden nur vorliegen, wenn die Parzellierung oder die Verpachtung dem Gutseigentümer mit der Wirkung untersagt wäre, daß eine gleichwohl erfolgte Parzellierung oder Verpachtung der Gläubigerin gegenüber unwirksam sein solle. Dadurch aber, daß für den Fall der an sich gültigen Parzellierung oder Verpachtung der Gläubigerin die Kündigungsbefugnis eingeräumt ist, wird das in dem Eigentume enthaltene Verfügungsrecht nicht beschränkt. Es kann deshalb unerörtert bleiben, ob wenn eine Eigentumsbeschränkung vorläge, die Vertretungspflicht des Verkäufers, wie der Revisionskläger meint, durch unterlassene Anzeige von dem Bestehen der Beschränkung gemäß § 183, I. 11 A.L.R. begründet wäre. Hiernach ist der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Löschung der aus Nr. 3 der Schuldurkunde eingetragenen Verpflichtungen aus dem rechtlichen Gesichtspunkte der Gewährleistungspflicht nicht zu begründen. Rechtsirrtümlich ist aber die Entscheidung des Berufungsrichters, daß das Gleiche auch gelte von der eingetragenen Kaution der 25000 Mk. Diese Kaution ist für dieselbe Gläubigerin nur zur Sicherung der auf Grund der Festsetzungen unter Nr. 2, 4, 5 und 6 der Schuldurkunde zu gewährenden Leistungen (Erhöhung des Zinsfußes für den Fall des Zahlungsverzuges, Verpflichtung des Schuldners, eine „Amortisationsentschädigung" von vier Prozent des zurückzuzahlenden Kapitalbetrages dann zu entrichten, wenn die Gläubigerin auf Grund der Bestimmungen unter 3 der Schuldurkunde die Rückzahlung des Darlehens vor Ablauf der Amortisationsperiode fordern oder das Darlehen von diesem Zeitpunkte zur Rückzahlung gelangen sollte, Verpflichtung des Schuldners zur Feuerversicherung und zur Erstattung der etwa für ihn von der Gläubigerin zu zahlenden Versicherungskosten, desgleichen zur Erstattung gewisser Geschäfts- und künftiger Beitreibungskosten) bestimmt, nicht auch zur Sicherung des unter 3 der Schuldurkunde festgesetzten oben erörterten Kündigungsrechts. Der Betrag der eingetragenen Kaution von 25000 Mk. ist in der im Kaufvertrage mit 640000 Mk. angegebenen Summe der übernommenen Hypotheken nicht enthalten. Alle jene Leistungen, wie sie oben aufgeführt sind, bestehen in Geldzahlungen, zu denen der Darlehensschuldner unter gewissen Bedingungen neben den mit dem Kapital der 530000 Mk. eingetragenen Jahreszahlungen von $4^3/_4$ Prozent noch weiter verpflichtet sein soll. Es kann dahingestellt bleiben, ob es zur Sicherung dieser Verpflichtung der Eintragung einer besonderen Kautionshypothek bedurfte oder ob die für die Hauptschuld bestellte und eingetragene Hypothek auch für diese Verpflichtungen, sofern sie nur als Nebenverpflichtungen eingetragen wurden, haftete und ob, wenn die Eintragung in letzterer Form geschehen wäre, auch diese Verpflichtungen als durch die Übernahme der Hypothek von 530000 Mk. von selbst mit übernommen anzusehen wären. Entscheidend ist, daß die fraglichen Verpflichtungen nur als solche eingetragen sind, für welche die Kautionshypothek bestellt ist, so daß die begehrte Löschung der Verpflichtung aus Nr. 4 der Schuldurkunde (Zahlung einer „Amortisationsentschädigung" im Falle vorzeitiger Rückzahlung des

Kapitals) durch die weiter begehrte Löschung der Kautionshypothek von selbst erfolgt; und demgemäß fragt es sich lediglich, ob die Mitübernahme der Kautionshypothek eine Rechtsfolge der Übernahme der Hypothek von 530000 Mk. ist. Das muß verneint werden. Die Kautionshypothek ist eine wirkliche Hypothek, die sofort mit ihrer Eintragung das Grundstück dinglich belastet. Sie besteht neben der definitiven Hypothek für die Hauptschuld und für deren als solche in der Eintragung bezeichnete Nebenverpflichtungen, und zwar besteht sie für besondere, nach der Art, wie der Eintragungsvermerk gefaßt ist, nur durch sie gedeckte (bedingte) Verpflichtungen. Insofern ist ihr also die Selbständigkeit neben der Hypothek für die Hauptschuld nicht abzusprechen. Daß die Bedingungen, unter denen sie geltend gemacht werden kann, noch nicht eingetreten sind und je nach dem Verhalten des Schuldners nicht einzutreten brauchen, mag auf die Wertsschätzung der Kautionshypothek von Einfluß sein, hebt aber ihre Existenz nicht auf, ebensowenig wird sie ein Bestandteil der Haupthypothek dadurch, daß die Verpflichtungen, für die sie bestellt ist, ohne die Existenz der Hauptschuld nicht würden entstehen können. Es sind also, gleichviel unter welchen Nummern des Grundbuchs, eingetragen nicht 640000 Mk., sondern 640000 + 25000 Mk. Hypotheken; übernommen sind 640000 Mk., und zwar unstreitig die 530000 Mk. der A. Bank, sowie 110000 Mk. unter anderen Nummern eingetragene Hypotheken; und als mit rechtlicher Notwendigkeit mitübernommen kann deshalb die Kautionshypothek der 25000 Mk. nicht angesehen werden. Hiernach ist das Berufungsurteil hinsichtlich der Kautionshypothek aufzuheben. Nicht ausgeschlossen ist allerdings die Möglichkeit, daß es der Wille beider Kontrahenten war, daß die Kautionshypothek mitübernommen und daß dies, etwa wegen ihres Zusammenhanges mit der Hypothek der 530000 Mk. oder wegen ihrer Eintragung unter der nämlichen Grundbuchnummer, nach der Absicht beider Kontrahenten durch die erklärte Übernahme der 640000 Mk. Hypotheken mitausgesprochen sein sollte. Ob eine solche Absicht der Kontrahenten in dem Kaufvertrage und den darauf bezüglichen Verhandlungen der Parteien genügenden Ausdruck gefunden habe, ist Sache der thatsächlichen Feststellung, und da eine Erörterung der Sache nach der Richtung, ob eine solche thatsächliche Feststellung erfolgen könne, seither nicht stattgefunden hat, so mußte die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen werden.

Nr. 2035. V. Sen. 19. März 1887. V. 369. 86. Bd. 17, Nr. 63, S. 277.

Übertragung der Hypothekenschuld. Anstellung der persönlichen Klage. (Preuß. R.). Der Verkäufer bleibt trotz der stipulierten Übernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis seitens des Käufers dem Gläubiger gegenüber nach § 41 Abs. 1 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 als dessen persönlicher Schuldner nach wie vor verpflichtet. Auf welchem Wege, abgesehen von den sonst durch das bürgerliche Recht gegebenen Mitteln zur Befreiung eines Schuldners (Zahlung, Entlassung aus der Schuldverbindlichkeit u. s. w.) der Veräußerer von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei werden kann, ist im § 41 Abs. 2 a. a. O. vorgeschrieben. Durch Anstellung der persönlichen Klage gegen den Erwerber und Schuldübernehmer auf Bezahlung der übernommenen Hypothekenforderungen wird der Veräußerer von seiner persönlichen Mithaft nicht frei. Die Folgen, welche in § 41 Abs. 2 a. a. O. an die Einklagung der Hypothek gegen den Erwerber geknüpft werden, treten schon dann ein, wenn, statt Erhebung und Zustellung der Klage, im Mahnverfahren ein Befehl zur Zahlung der Hypothek erlassen und dem Erwerber zugestellt wird, und zwar auch dann, wenn der Anspruch nicht als dinglicher, sondern nur als persönlicher „bei Vermeidung der sofortigen Zwangsvollstreckung" ohne den Zusatz „in das verhaftete Grundstück" geltend gemacht ist, vorausgesetzt nur, daß (im Falle des Widerspruches gegen den Zahlungsbefehl die Sache rechtshängig geblieben und gemäß § 637 C.P.O. weiter verfolgt ist und) die persönliche Klage denselben Erfolg gehabt hat, welche mit der dinglichen erzielt worden wäre, nämlich den der

Zwangsversteigerung, bei der dann der Gläubiger einen Ausfall erlitten hat. Nr. 219. Nr. 2039.

Nr. 2036. V. Sen. 3. Oktober 1896. V. 71. 96. Bd. 38, Nr. 61, S. 228.
Übernahme einer eingetragenen Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis, wenn kein wirkliches Hypothekenrecht begründet war. (Preuß. R.). Die Bestimmung des § 41 Abs. 1 E.E.G., wonach der Gläubiger auch ohne seinen Beitritt zum Übernahmevertrage gegen den Erwerber des Grundstücks die persönliche Klage erlangt, wenn dieser die auf dem Grundstücke haftende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen hat, bildet eine Ausnahme von der Regel des § 75, I. 5 A.L.R. Deshalb ist eine Erweiterung der Wirkungen der Übernahme über den durch Wortlaut des Gesetzes gegebenen Umfang hinaus ausgeschlossen. Da der Beitritt des Gläubigers zu dem Übernahmevertrage nur in Bezug auf die Hypothek, auf den dinglichen Bestand der Schuld, fingiert wird, so kann die Übernahmeerklärung auf ein Mehr oder auf ein Anderes als die hypothekarische Schuld mit den Wirkungen des § 41 a. a. O. nicht gerichtet werden. Der § 41 findet daher auf bloß persönliche Schulden keine Anwendung. Dies gilt auch für solche Schuldverbindlichkeiten, die zwar im Grundbuche eingetragen sind, für die aber durch die Eintragung ein wirkliches Hypothekenrecht nicht begründet worden ist. Dies trifft zu, wenn ein seiner Größe nach unbestimmter Anspruch ohne Benennung einer bestimmten Summe eingetragen ist, denn solche Eintragung entbehrt als ein den Vorschriften der §§ 23, 24 E.E.G. widersprechender Akt jeder rechtlichen Bedeutung und unterliegt der Löschung. Nr. 1983. Ist für einen solchen Anspruch ein Höchstbetrag eingetragen, so ist das Grundstück für diesen Betrag verhaftet, nicht aber soweit der Anspruch darüber hinauswächst. Wird ein derartiger Anspruch in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen, so erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage nur in Höhe des eingetragenen Betrages. Im vorliegenden Falle war in Abt. III Nr. 14 für die Klägerin eine Amortisationsdarlehenshypothek von 45000 Mk. nebst $5^5/_8$ Prozent jährlicher mit einem halben Prozent zur Amortisation zu verwendender Zinsen auf Grund der Schuldverschreibung vom 31. März 1880 eingetragen. In dieser hatten sich die damaligen Eigentümer des Grundstücks M. und B. verpflichtet, 1. im Falle der Veräußerung des Pfandgrundstücks der Gläubigerin eine Provision von einem halben Prozent der ursprünglichen Darlehnssumme innerhalb vierzehn Tagen zu zahlen und ihr binnen gleicher Frist die Beitrittserklärung des Grundstückserwerbers zu der Schuldurkunde vom 31. März 1880 beizubringen, mit dem Zusatze: „Im Falle der Nichterfüllung dieser Verpflichtungen soll die Darleiherin berechtigt sein, das Darlehnskapital ohne Kündigung zurückzufordern"; 2. alle Teil- und Vollzahlungen auf das Kapital, gleichviel aus welchem Grunde sie gemacht werden, je nach Verlangen der Gläubigerin entweder bar oder in deren fünfprozentigen Pfandbriefen Serie VI vom 1. Juli 1876 zum Nennwerte zu leisten; sie hatten 3. für das Kapital von 45000 Mk. nebst Zinsen und allen Nebenrechten das fragliche Grundstück, wegen der Nebenrechte jedoch, wozu ausdrücklich die Provisionen und die Verpflichtung, die Rückzahlung in unkündbaren Pfandbriefen vom 1. Juli 1876 Serie VI zum Nennwerte zu leisten, gerechnet sind, nur bis zur Höhe von 1350 Mk. verpfändet. Diese Bestimmungen der Schuldurkunde sind bei der Hypothek im Grundbuche eingetragen. Nachdem B. sein Miteigentum an M. abgetreten hatte, hat dieser das Pfandgrundstück durch Vertrag vom 12. Januar 1894 dem Beklagten K. verkauft und ihm am 16. Januar 1894 aufgelassen. In dem Vertrage ist über die Hypothek Nr. 14 bestimmt: „Der Käufer übernimmt in Anrechnung auf den Kaufpreis die auf dem Grundstücke Abt. III Nr. 14 für die preußische Hypotheken-Aktienbank in B. haftende Hypothekenforderung von 45000 Mk. mit der Verzinsung vom 1. Januar 1894 ab. Frau M. cediert hierbei dem K. namens ihres Machtgebers den an dieser Hypothek amortisierten Betrag. Auf dem erkauften Grundstück haftet unter Nr. 14 Abt. III für die gedachte Bank zur Sicherheit für

Zinsen und Kosten eine Kaution von 1350 Mk. Dies ist dem K., der die Grundakten eingesehen hat, bekannt. Derselbe übernimmt diese Kaution zwar nicht, läßt sich aber gefallen, daß dieselbe auf dem von ihm erkauften Grundstücke stehen bleibt." Bei Berücksichtigung der gezahlten Amortisationen ist noch ein unstreitiger Darlehnsrest von 43569, 06 Mk. verblieben. Der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehns in Pfandbriefen einer bestimmten Serie ist ein solcher, dessen Größe bei der Eintragung noch unbestimmt war, da nicht feststand, zu welchem Kurse die Pfandbriefe im Zeitpunkte der Rückzahlung zu beschaffen sein werden. Für diesen ist ein Hypothekenrecht über den eingetragenen Kautionsbetrag von 1350 Mk. nicht entstanden. Daß der Anspruch auch zu der Darlehnshypothek von 45000 Mk. noch besonders eingetragen worden, ist bedeutungslos, weil bei dieser Eintragung ein Höchstbetrag nicht angegeben, zudem aber die Haftung des Grundstückes für alle Nebenleistungen, wozu auch die Rückzahlung in Pfandbriefen gerechnet ist, auf den Betrag der Kaution von 1350 Mk. ausdrücklich unter Nr. 8 in Verbindung mit Nr. 5 des Eintragungsvermerkes in Übereinstimmung mit der Schuldurkunde vom 31. März 1880 eingeschränkt ist. Hiernach ist durch die Eintragung Abt. III Nr. 14 ein Hypothekenrecht nur für den Kapitalbetrag von 45000 Mk. nebst Zinsen und für die Kaution von 1350 Mk. entstanden. Da der Beklagte aber die Übernahme der Kaution ausdrücklich abgelehnt hat, so ist er als persönlich haftend mit Recht nur zur Zahlung der noch rückständigen Darlehnssumme von 43569,06 Mk. verurteilt.

Nr. 2037. V. Sen. 29. November 1879. V. 39. 79. Bd. 1, Nr. 50, S. 122.

Übernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis. Befreiung des Veräußerers. § 41 des preußischen Gesetzes vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Die Fälligkeit für den Gläubiger tritt ein, wenn er nicht mehr zu warten braucht. Wenn zu seinen Gunsten die Abrede besteht, daß er bei nicht prompter d. h. nicht innerhalb der gesetzten Frist erfolgender Zinszahlung das Kapital ohne vorherige Kündigung sofort verlangen darf, so läuft die sechsmonatliche Frist zur Erhebung der Klage nach Abs. 2 des § 41 von dem Tage, an welchem die Frist zur Zinszahlung verflossen ist. Das Kapital ist dann fällig, nicht weil ein Verzug in der Zinszahlung vorliegt, sondern weil die Kontrahenten diese Folge für den Fall der nicht prompten Zahlung verabredet hatten. Die nachträglich ohne Vorbehalt geschehene Annahme der Zinsen ist einflußlos, weil diese Thatsache nur die Frage berühren würde, ob der Verzug des Grundstücksbesitzers aufgehoben ist. Auch auf den Grund, weshalb der Gläubiger von seinem Rechte auf sofortige Zahlung keinen Gebrauch macht, kommt es nicht an. Der § 41 a. a. O. findet auch auf den ersten Konstituenten der Hypothek Anwendung. Nr. 2039.

Nr. 2038. II. Hilfs-Sen. 17. Oktober 1881. V^a. 767. 80. Bd. 5, Nr. 88, S. 329.

Zweck und Bedeutung des § 41 des Gesetzes über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Da dem Gläubiger ein direktes Klagerecht gegen den Übernehmer gegeben ist, so soll daraus, daß der Gläubiger gegenüber dem Letzteren eine gewisse Zeit unthätig geblieben ist und ihm das Kapital, obschon er es kündigen konnte, gelassen hat, geschlossen werden, daß derselbe sich die Übernahme und die Befreiung des Veräußerers von seiner persönlichen Verbindlichkeit gefallen läßt. Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu, wenn seit der Bekanntmachung der Schuldübernahme an den Gläubiger erst ein geringerer als der im Gesetze bezeichnete möglicherweise ganz kurzer Zeitraum verstrichen ist, dann aber infolge einer inzwischen stattgefundenen notwendigen Subhastation des Grundstücks die Hypothek untergegangen und der Gläubiger daher gar nicht mehr in der Lage gewesen ist, die Hypothek zu kündigen und die hypothekarische Klage gegen den Eigentümer des Grundstücks anzustellen. In einem solchen Falle hat der Gläubiger auch nicht diejenige Zeit zur Entschließung, auf die er gesetzlich einen Anspruch hat, und sein Stillschweigen kann daher nach § 41

Abs. 2 a. a. O. nicht die Wirkung haben, eine ausdrückliche Willenserklärung zu ersetzen. Nr. 2025.

Nr. 2039. IV. Sen. 2. Mai 1892. IV. 57. 92. Bd. 29, Nr. 63, S. 253.
Voraussetzungen, unter denen bei Veräußerung des Pfandgrundstücks und Übernahme der Hypothek durch den Erwerber dem Gläubiger der persönliche Anspruch gegen den Veräußerer erhalten bleibt. (Preuß. R.). Die Beklagte verkaufte im September 1887 ihr Grundstück an P., der die darauf für den Kläger seit dem Jahre 1885 haftende von der Beklagten konstituierte Hypothek von 3000 Mk. (mit Zinsen) in Anrechnung auf das Kaufgeld übernahm und das Grundstück bald darauf weiter veräußerte. Das Kapital von 3000 Mk. war mit fünf vom Hundert jährlich in vierteljährlichen Raten zu verzinsen und nach vierteljährlicher Kündigung, die bei pünktlicher d. h. innerhalb vierzehn Tagen nach dem Fälligkeitstermine erfolgender Zinszahlung nicht vor dem 1. Dezember 1890 statthaft sein sollte, zu zahlen. Die am 1. Juli 1888 fällige Zinsrate wurde nicht bezahlt. Infolgedessen kündigte der Kläger mittels Schreibens vom 12. November 1888 dem damaligen Grundstückseigentümer S. die Hypothek zur Rückzahlung. Durch Beschluß vom 27. Juni 1889 wurde die Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks eingeleitet und durch das Urteil vom 23. September 1889 dem Ersteher der Zuschlag erteilt. Bei der Kaufgelderverteilung fiel der Kläger mit seiner Hypothek aus. Mit der am 5. Juni 1889 erhobenen Klage hat der Kläger die Beklagte als persönliche Schuldnerin wegen der 3000 Mk. nebst fünf Prozent Zinsen seit dem 1. Juli 1888 in Anspruch genommen. Beide Instanzrichter haben verurteilend erkannt. Auf die Revision der Beklagten ist das Urteil aufgehoben. Die Beklagte hat eingewendet, sie habe dem Kläger mittels Schreibens vom 4. Dezember 1887 die Schuldübernahme durch P. bekannt gemacht; der Kläger hätte daher nach der durch die Kündigung vom 12. November 1888 am 12. Februar 1889 eingetretenen Fälligkeit die Klage gegen den Grundstückseigentümer bis zum 13. August 1889 erheben müssen, was nicht geschehen sei. Der Berufungsrichter hat den Einwand zu Unrecht verworfen. Der Berufungsrichter erklärt die durch das Schreiben vom 4. Dezember 1887 erfolgte Bekanntmachung für rechtlich unerheblich, weil die einjährige Frist zur Kündigung, wenn sie erst mit dem 4. Dezember 1887 zu laufen angefangen hätte, mit dem 4. oder 5. Dezember 1888 abgelaufen, mithin durch die am 12. November 1888 stattgefundene Kündigung gewahrt wäre. Dieser Entscheidungsgrund würde nur dann durchgreifen, wenn die Kündigung allein zur Erhaltung des Rechts des Klägers gegen die Beklagte genügte. Das Gesetz fordert aber auch, daß der Gläubiger nach bewirkter Kündigung die Hypothek binnen sechs Monaten nach der Fälligkeit einklagt. Die am 4. Dezember 1887 geschehene Bekanntmachung würde daher nicht rechtsunwirksam gewesen sein, vielmehr den Kläger verpflichtet haben, zur Vermeidung des Verlustes seines persönlichen Anspruches gegen die Beklagte die Hypothek innerhalb der gestellten Frist nach eingetretener Fälligkeit einzuklagen. Nr. 2037. Der Berufungsrichter nimmt nun zwar, für den Fall der Richtigkeit des Vorbringens der Beklagten, auch an, daß der Kläger seiner Pflicht in letzterer Beziehung Genüge geleistet, indem er die jetzige Klage, gegen die ursprüngliche Verpflichtete, am 5. Juni 1889, also innerhalb der sechsmonatigen Frist erhoben habe. Aber die Annahme, daß sich der Gläubiger den persönlichen Anspruch gegen den Veräußerer erhält, wenn er nur gegen diesen innerhalb der gesetzlichen Fristen Klage erhebt, beruht auf einer unrichtigen Auslegung des Gesetzes. Der § 41 Abs. 2 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 versteht unter der Klage, die der Gläubiger binnen sechs Monaten nach der Fälligkeit der Hypothek zu erheben hat, nicht die Klage gegen den Veräußerer, sondern die Klage gegen den Eigentümer des Grundstückes, welche letztere Klage allein zur Verwertung des Grundstückes führen kann. Diese Auffassung entspricht dem Wortlaute des Gesetzes und findet ihre Unterstützung in der Entstehungsgeschichte des § 41 Abs. 2 a. a. O. Daß der Gläubiger befugt ist, den Veräußerer als persönlichen

Schuldner in Anspruch zu nehmen, solange die Fristen des § 41 a. a. O. noch laufen, oder wenn er binnen dieser Fristen die Hypothek dem Eigentümer des Grundstückes gekündigt und gegen diesen eingeklagt und den Prozeß zu Ende geführt hat, kann einem Bedenken nicht unterliegen. Es war daher, wenn die Klagfrist erst mit dem 13. August 1889 ablief, die am 5. Juni 1889 gegen die Beklagte erhobene Klage an sich begründet. Dies hinderte jedoch die Beklagte nicht, zur Beseitigung des Klaganspruches den Einwand zu erheben, daß während des Rechtsstreites die Klagfrist abgelaufen und sie daher von ihrer persönlichen Verbindlichkeit frei geworden sei, und um diesen Einwand handelt es sich hier. Die Frage, ob sich der Veräußerer des Pfandgrundstückes einem vor dem Ablaufe der Kündigungs- oder Klagfrist ergangenen seine Verurteilung aussprechenden rechtskräftigen Judikate gegenüber mit Erfolg auf die Vorschrift des § 41 Abs. 2 a. a. O. berufen könne, interessiert hier nicht, da die Voraussetzungen dieses Falles nicht vorliegen. Wenn der erste Richter zur Widerlegung der von der Beklagten vertretenen Ansicht hervorgehoben hat, daß diese zu der ungereimten Konsequenz führen würde, ein nach der Übernahme innerhalb der Kündigungsfrist gegen den alten persönlichen Schuldner erlangtes Judikat zu beseitigen, weil der Gläubiger gegen den dinglichen und neuen persönlichen Schuldner nicht gemäß § 41 Abs. 2 a. a. O. verfahren sei, so ist dieser Satz jedenfalls in der Allgemeinheit, wie er aufgestellt ist, nicht zutreffend. Die Verpflichtung des Veräußerers wird mit dem Zeitpunkte der Bekanntmachung an den Gläubiger über die durch den Erwerber geschehene Schuldübernahme eine resolutiv-bedingte; sie erlischt, wenn nicht innerhalb der gestellten Fristen Kündigung und Klage erfolgen. Einem nach der Bekanntmachung, aber vor dem Ablaufe der Fristen, vorausgesetzt, daß diese Thatsachen geltend gemacht sind, ergangenen Judikate ist daher die Bedeutung beizulegen, daß der Veräußerer nur als resolutiv-bedingt Verpflichteter zu Zahlung oder sonstiger Leistung verurteilt ist, und folglich ist einem solchen Urteile gegenüber, wenn inzwischen der Ablauf der Fristen eingetreten ist, kraft der gesetzlichen Vorschrift des § 686 C.P.O. der Einwand aus § 41 Abs. 2 a. a. O. für den Veräußerer gegeben. Nr. 2035. Nr. 2025. In der Sache selbst ist noch streitig, ob durch das Schreiben vom 4. Dezember 1887 die Bekanntmachung der Übernahme der Hypothek erfolgt ist. Dies ist noch festzustellen. Sodann ist, geeigneten Falles unter Ausübung des Fragerechts (§ 130 C.P.O.), der Frage näher zu treten, welche Bewandtnis es mit der Zwangsversteigerung des Pfandgrundstückes, bei der der Kläger mit seiner Hypothek ausgefallen ist, gehabt hat. Wenn der Kläger die am 1. Juli 1888 fällig gewesene Zinsenrate gegen den Grundstückseigentümer S. eingeklagt und am 29. November 1888 ein vollstreckbares Urteil erlangt hat und schon vor dem 13. August 1889 die Zwangsversteigerung des Grundstückes auf das Mitbetreiben des Klägers eingeleitet gewesen ist, so ist durch die Thätigkeit des Klägers innerhalb der gestellten Frist der Erfolg erzielt worden, den das Gesetz mit der Einklagung der Hypothek gegen den Eigentümer des Grundstückes beabsichtigt. Nr. 2035.

Nr. 2040. V. Sen. 22. Januar 1896. V. 231. 95. Bd. 37, Nr. 54, S. 204.

Klage aus der Übernahme einer Hypothek auf den Kaufpreis gegen den Übernehmer. Berechnung der einjährigen Frist. § 41 Abs. 2 E.E.G. (Preuß. R.). Der Beklagte hat durch Kaufvertrag vom 18. März 1891 und nachfolgende Auflassung ein Grundstück von W. erworben und eine darauf für B. haftende Hypothek von 45 000 Mk. in Anrechnung auf den Preis übernommen. Das Grundstück veräußerte er im Oktober 1891, erwarb dann selbst (im Mai 1892) im Wege der Cession die Hypothek und cedierte sie am 5. Oktober 1892 weiter an S. Bei der bald darauf geschehenen Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks fiel diese Hypothek aus. Darauf cedierte S. die Forderung an den Kläger (am 17. Januar 1893). Zugleich cedierte er diesem, doch nur in Höhe von 3000 Mk., denjenigen Anspruch auf Befreiung von der persönlichen Haftung für die 45 000 Mk., der dem Verkäufer des Beklagten, W., auf Grund des

Kaufvertrages von 1891 und der darin enthaltenen Schuldübernahme gegen den Beklagten zustand, nachdem er selbst sich diesen Anspruch am 29. Oktober 1892 von W. hatte cedieren lassen. Der Kläger verlangt nunmehr von dem Beklagten die Zahlung von 3000 Mk. mit Zinsen seit der Klagzustellung. Das Landgericht hat den Beklagten zu dieser Zahlung verurteilt, das Berufungsgericht hat abändernd die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen. Die Cession der 45 000 Mk. vom Beklagten an S. enthält die Erklärung, daß der Beklagte jedwede persönliche Haftbarkeit für die Hypothek ausschließe. Das Berufungsgericht legt dies dahin aus, daß der Beklagte nicht nur seine Gewährleistungspflicht als Cedent, sondern auch die durch die Übernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Preis auf ihn übergegangene persönliche Haftung für die Hypothekenforderung habe ausschließen wollen. Diese Auslegung entspricht dem Wortlaute und in der Revisionsinstanz ist denn auch der Kläger auf die Cession des Beklagten nicht zurückgekommen. Aber auch aus der Cession des W. kann der Klaganspruch nicht begründet werden. Der Beklagte ist zwar durch die Übernahme der Hypothekenforderung in Anrechnung auf den Kaufpreis verpflichtet worden, den W. von der der Hypothek zu Grunde liegenden persönlichen Schuld zu befreien. Diesen seinen Befreiungsanspruch konnte aber W. nur dann wirksam an S. und dieser weiter an den Kläger cedieren, wenn er noch fortbestand, und das war nicht mehr der Fall, wenn die persönliche Schuld des W., von der der Beklagte ihn zu befreien hatte, inzwischen erloschen war. War das einmal geschehen, so konnte W. auch die Befreiungspflicht des Beklagten nicht dadurch wieder ins Leben rufen, daß er, wie in der Cession vom 29. Oktober 1892 geschehen ist und zu deren Rechtfertigung geschehen mußte, dem S. gegenüber das Fortbestehen seiner persönlichen Haftung für die Hypothekenforderung anerkannte. Das Berufungsgericht nimmt nun auf Grund des § 41 Abs. 2 E.E.G. an, daß die persönliche Haftung des W. für die Hypothekenforderung schon zur Zeit der Cession an S. erloschen war, weil der Gläubiger (B. oder dessen Nachfolger) es unterlassen habe, nach erfolgter Benachrichtigung von der Schuldübernahme des Beklagten seine Forderung gegen den Eigentümer des Pfandgrundstücks in vorgeschriebener Art und Frist zu verfolgen. Das Berufungsgericht hat eine im April 1891 durch W. geschehene dem Gesetze entsprechende Benachrichtigung des B. von der Schuldübernahme einwandsfrei festgestellt. Seit dieser Benachrichtigung ist die Darlehensforderung der 45 000 Mk., die nach der ursprünglichen Eintragung jederzeit mit sechsmonatlicher Frist kündbar war, dem Grundstückseigentümer nicht gekündigt worden, und demgemäß war W. von seiner persönlichen Verbindlichkeit spätestens zu Ende 1892, also bevor er seine Ansprüche an den Beklagten dem S. cedierte, und bevor der Beklagte selbst die Forderung an sich brachte, frei geworden. Das will der Kläger deshalb nicht gelten lassen, weil in dem Kaufvertrage zwischen W. und dem Beklagten der damalige Gläubiger B. sich verpflichtet habe, die Hypothek (bei pünktlicher Verzinsung) bis zum 1. April 1896 fest stehen zu lassen, die Fristen des § 41 Abs. 2 E.E.G. also nach Abs. 3 das. erst mit diesem Tage begannen. Diese Replik aber verwirft das Berufungsgericht, indem es, dem Wortlaute des Vertrages gemäß, davon ausgeht, daß die Vertragsbestimmung nur eine dem B e k l a g t e n (Käufer) von B. gemachte Zusage enthalte, durch welche die Verhaftung des V e r k ä u f e r s W. nicht auf eine längere als die aus der ursprünglichen Eintragung sich ergebende Dauer habe erstreckt werden können. Ein Rechtsirrtum ist auch hierin nicht zu finden. Wenn der Gläubiger einer vom Käufer des Pfandgrundstücks übernommenen Hypothek, statt sie zu kündigen, sich dem Käufer gegenüber verpflichtet, nicht zu kündigen, so thut er das Gegenteil von dem, was das Gesetz ihm zum Zwecke der Erhaltung seiner Forderung an den Verkäufer auferlegt. Das wäre ganz zweifellos, wenn es geschähe, nachdem die Schuldübernahme des Käufers durch Auflassung und durch Benachrichtigung des Gläubigers in jeder Richtung perfekt geworden wäre; es ist aber nicht abzusehen, weshalb es nicht von gleicher Wirkung sein soll, wenn der Gläubiger schon im voraus dem Käufer für den Fall, daß er kaufen

und die Hypothek übernehmen möchte, die Zusicherung giebt, nicht kündigen zu wollen. Dann hat er sich eben von vornherein der Möglichkeit begeben, sich die persönliche Forderung gegen den Verkäufer über die gesetzliche Frist hinaus zu erhalten. Folgerecht kann es aber auch keinen Unterschied machen, daß im vorliegenden Falle der Gläubiger den Verzicht auf die Kündigung schon in dem Kaufvertrage, aber eben nur dem Käufer gegenüber erklärt hat. Durchaus unschlüssig ist die Ausführung des Revisionsklägers, weil die Festlegung der Hypothek bis zum 1. April 1896 auf Betreiben des W. geschehen sei, der dem Beklagten die Hypothek als bis dahin unkündbar bezeichnet habe, so habe das Berufungsgericht trotz der Wortfassung des § 7 des Kaufvertrages vom 18. Mai 1891 die Vereinbarung über den Ausschluß der Kündigung bis zum Jahre 1896 als zwischen B. und W. (dem Verkäufer) geschlossen ansehen müssen dergestalt, daß auch W. auf die ursprüngliche freie Kündbarkeit sich nicht mehr berufen könne. Denn der Zweck des W., dem Beklagten eine bis in das Jahr 1896 feste Hypothek zu verschaffen, wurde auch, und sogar in einer für ihn selbst günstigeren Weise, dadurch erreicht, daß B. nur dem Beklagten gegenüber auf das Kündigungsrecht bis dahin verzichtete, und W.s Interesse daran, daß dies geschah, spricht nicht für, sondern gegen seine Absicht, auch seine eigene persönliche Haftbarkeit entsprechend zu verlängern. Als Auslegungsmittel für die damalige Absicht des W. kann es auch nicht dienen, daß er in der Cession an S. die Fortdauer seiner persönlichen Haftbarkeit anerkannt hat, am wenigsten wenn, wie der Revisionskläger selbst die Cession auslegt, die hier anerkannte Haftbarkeit sogleich auch dadurch beendigt werden sollte, daß er dem S. sein Rückgriffsrecht an den Beklagten cedierte. Eine Verpflichtung des W. endlich, wie sie die Revision zu konstruieren sucht, bei der Benachrichtigung des B. von der Schuldübernahme durch den Beklagten im April 1891 jenem noch besonders zu erklären, daß er, W., durch die im März von B. dem Beklagten gegebene Zusage nicht gebunden sei, bestand nicht, und jedenfalls würde der Kläger, der von W. seine Ansprüche herleitet, diese nicht auf eine Pflichtversäumnis des W. stützen können. Eines Eingehens auf die von dem Revisionsbeklagten vertretene Ansicht, daß der Befreiungsanspruch des W. gegen den Beklagten überhaupt nicht Gegenstand einer Cession habe sein können, bedurfte es nicht.

---

§ 81.

Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

B.G.B. §§ 1204—1296.

I. 1145—1226. II. 1113—1201. III. 1187—1279. M. III. 796—869. D. 157—163. E.G Art. 94, 97. Windscheid I. §§ 224—249. Stobbe I. §§ 154, 155. Dernburg I. §§ 312, 354—364a. Endemann II. §§ 175—180. III. §§ 440—443.

Nr. 2041. I. Sen. 18. März 1882. I. 688. 81. Bd. 7, Nr. 60, S. 193.

Zahlung des Nichtschuldners. §§ 121, 159, I. 20; § 49, I. 16 A.L.R. (Preuß. R.). Die §§ 46 ff., I. 16 A.L.R. regeln nur diejenigen Fälle, wo ein freiwillig zahlender Nichtschuldner erst durch die Zahlung zu dem Gläubiger in Bezug auf seine Forderung in ein Rechtsverhältnis tritt. Nr. 1221. Von dem Falle, wenn ein Bürge oder überhaupt eine Person zahlt, die schon vor der Zahlung sich dem Gläubiger zur Zahlung der Hauptschuld eines Anderen verpflichtet hatte oder dazu kraft eines besonderen Verhältnisses befugt war, ist also bei Bestimmung der Tragweite jener Bestimmungen des 16. Titels abzusehen. Der Pfandnehmer ist berechtigt, dem Dritten, welcher nicht in solcher Beziehung zu der Forderung steht, und freiwillig ihm Zahlung der von dem Schuldner durch ein dem Gläubiger übergebenes Pfand sichergestellten Prinzipalforderung

anbietet, deren Annahme jedenfalls dann zu verweigern, wenn der Zahlungsofferent nicht entweder auf Verlangen des Gläubigers auf die Übertragung der Nebenrechte, womit (einseitig nicht lösbare) Pflichten des Gläubigers verknüpft sind, verzichtet oder die Einwilligung des Schuldners (in einer für die Freilassung des Gläubigers aus jenen Pflichten gesetzlich genügenden Weise) beschafft. Das Rechtsverhältnis zwischen Pfandnehmer und Pfandgeber ist ähnlich wie der Verwahrungsvertrag vom Gesetzgeber als ein auf persönlichem Vertrauen beruhendes aufgefaßt, mit welchem bestimmte, von der Person des Pfandnehmers, dem das Vertrauen erwiesen ist, ohne Einwilligung des vertrauenden Pfandgebers nicht lösbare Pflichten verknüpft sind. Andererseits ist der Gläubiger auch nicht verpflichtet, von seinem Schuldner Zahlung anzunehmen, wenn Letzterer ihn nicht von seinen Pflichten als Pfandnehmer oder Detentor der Pfandsache zu befreien bereit oder imstande ist. Der aus freien Stücken Zahlung anbietende Dritte ist daher nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Schuldners an den Gläubiger zu zahlen und dafür Abtretung der Rechte des Gläubigers und Pfandnehmers zu verlangen. Nimmt Letzterer aber die Zahlung an, so ist der Zahlende auch berechtigt, die Abtretung des dem Gläubiger zustehenden Rechtes zu verlangen. Hat der Pfandnehmer die Pfandsache dem zahlenden Dritten ohne Einwilligung des Schuldners und Pfandgebers ausgehändigt, so kann er von dem Pfandgeber noch auf Rückgabe des Pfandes belangt werden. Die §§ 184—186, I. 20 A.L.R. stehen dem nicht entgegen.

Nr. 2042. I. Hilfs-Sen. 5. Oktober 1880. IV^a. 195.80. Bd. 2, Nr. 86, S. 333.

Lex commissoria beim Pfandvertrage. (Preuß. R.). Ob das Verbot der lex commissoria (§§ 33, 213, I. 20 A.L.R.) durch das Bundesgesetz betreffend die vertragsmäßigen Zinsen vom 14. November 1867 beseitigt ist, darüber herrscht Meinungsverschiedenheit. Das Reichsgericht verneint die Frage. Das von Constantin erlassene Verbot der lex commissoria ist nicht speziell auf den Wucher beschränkt, sondern ein im Interesse des Gemeinwohles erlassenes allgemeines, absolutes Gebot einer gewissen Verpfändungsweise. Von gleichem Standpunkte sind die Redaktoren des Landrechts ausgegangen. Das Gesetz vom 14. November 1867 will die Höhe der Zinsen, die Höhe und Art der Vergütung für Darlehne und andere kreditierte Forderungen sowie die Höhe der Konventionalstrafe für unterlassene Zahlung eines Darlehns und anderer kreditierter Forderungen der freien Vereinbarung überlassen wissen und hebt die entgegenstehenden privatrechtlichen und strafrechtlichen Bestimmungen auf. Dieser freien Vereinbarung steht das Verbot der lex commissoria nicht entgegen. Auch das Gesetz vom 5. Mai 1872 enthält keine Sätze, welche dem Verbot der lex commissoria durch das ältere Gesetz widersprächen. Nr. 2043.

Nr. 2043. I. Sen. 2. April 1881. I. 595. 81. Bd. 4, Nr. 12, S. 51.

Lex commissoria beim Pfandvertrage. (Preuß. R.). Die Ansicht, welche das Verbot der lex commissoria (§ 33, I. 20 A.L.R.) gegenüber dem Reichsgesetz vom 14. November 1867 noch als fortbestehend erachtet, ist als die richtige anzusehen. Die Bestimmungen des Reichsgesetzes sind restriktiv zu interpretieren, namentlich darf in der Anwendung des § 1 nicht über die gewöhnliche Bedeutung des Wortes „Konventionalstrafe", die der Gesetzgeber im Auge gehabt hat, hinausgegangen werden. Bei solcher Begrenzung der Anwendung des Gesetzes kann das Verbot der lex commissoria nicht unter dasselbe gebracht werden. Während die Konventionalstrafe in der gewöhnlichen Bedeutung dem Obligationenrechte angehört, gehört das Verbot der lex commissoria, wenn nicht ausschließlich, doch ganz überwiegend dem Sachenrecht an; es soll die Realisierung des Pfandes regeln. Daß diese Auffassung namentlich dem preußischen A.L.R. entspricht, ergiebt die Stellung, die der Gesetzgeber dem Verbote in dem vom Rechte des Unterpfandes handelnden Titel angewiesen hat. Diese dem nächsten Zwecke

des Gesetzes fern liegende Materie sollte aber nach der im Reichstage klar ausgesprochenen Absicht unberührt bleiben. Nr. 2042.

Nr. 2044. III. Sen. 15. Dezember 1885. III. 215. 85. Bd. 14, Nr. 61, S. 249.

Beginn des Pfandrechts für zukünftige Forderungen. (Gem. R.). In der Regel wird ein für eine bloß zukünftige d. h. für eine künftig mögliche Forderung bestelltes Pfandrecht erst in dem Momente rechtlich wirksam, wo die Forderung selbst entsteht, und das Alter des Pfandrechts ist daher erst von dem Augenblicke der Entstehung der Forderung zu datieren. Dies folgt aus der Natur des Pfandrechts als eines accessorischen Rechts. Vergl. l. 11 pr., l. 1 § 1 Dig. qui potior. 20, 4 und l. 4 Dig. quae res pign. 20, 3. Von dieser Regel ist indessen dann eine Ausnahme zu machen, wenn zur Zeit der Pfandbestellung entweder beide Kontrahenten oder nur der Schuldner oder nur der Gläubiger nicht mehr die freie Wahl haben, ob sie die Obligation, zu deren Sicherung das Pfandrecht bestellt ist, schließen wollen oder nicht. In diesem Falle muß, obwohl die Forderung selbst erst später entstanden ist, mit Rücksicht auf die obligatorische Gebundenheit beider oder eines der Kontrahenten die Pfandforderung als im Augenblicke der Bestellung des Pfandrechtes begründet angesehen werden. Vergl. l. 1 pr. Dig. qui potior. 20, 4, l. 11 pr. Dig. eod., l. 4 Dig. quae res pign. 20, 3.

Nr. 2045. VI. Sen. 19. März 1896. VI. 383. 95. Bd. 37, Nr. 9, S. 31.

Wirkung der Verpfändung der in einem Keller lagernden Waren, wenn der Verpfänder einen der vorhandenen Kellerschlüssel für sich behält. (Reichs- und preuß. R.). Der Theaterrestaurateur T. in Berlin hat von dem Rentner H. daselbst in dessen Hause Chr.straße verschiedene Räumlichkeiten, darunter einen Keller gemietet. Einen anderen hieran anstoßenden, aber zu einem Hause der T.straße gehörigen Keller mietete er vom Eigentümer dieses Hauses. Beide Keller sind durch eine verschließbare Thür verbunden, während der Zugang zu dem Keller des Hauses der T.straße von diesem Hause abgesperrt ist. In beiden Kellern hatte T. Wein gelagert. Durch schriftlichen Pfandvertrag vom 18. August 1893 verpfändete T. dem H. für eine Mietzinsrestschuld von 5300 Mk. „sämtliche ihm gehörigen im Keller des Hauses Chr.straße lagernden Weine im Gesamtwerte von 13 615 Mk." nach einem hierüber aufgenommenen Verzeichnis. H. verpflichtete sich, so oft T. Wein aus der verpfändeten Masse behufs Verkaufes herausverlange, diese gegen zuvorige Barzahlung des in dem Verzeichnis angegebenen Preises zu verabfolgen; die Zahlungen sollten an der Forderung des H. abgerechnet werden. T. behändigte dem H. am 18. August 1893 sofort einen Schlüssel zu der Verbindungsthür zwischen beiden Kellern, der auch im Besitze des H. blieb. Am 20. Juli 1894 ließ der Kaufmann E. 8000 im Keller T.straße gelagerte Flaschen Wein pfänden. Dieselben Weine wurden am nämlichen Tage im Auftrage des Weinhändlers R. und nachher noch im Auftrage des H. (wegen einer Forderung von 13 700 Mk.) je anschlußweise gepfändet. Der Versteigerungserlös dieser Weine wurde von dem Gerichtsvollzieher nach § 728 Abs. 2 C.P.O. hinterlegt. Nach dem im Verteilungsplane von dem Amtsgericht aufgestellten Verteilungsplane ist der hinterlegte Betrag nach Abzug der Gerichtskosten nach der Reihenfolge der Pfändungen auf E. mit 1512,53 Mk., auf R. mit 1208,74 Mk., auf H. mit dem Reste von 1412,30 Mk. verwiesen. Mit der in Verfolgung seines Widerspruches gegen E. und R. erhobenen Klage verlangt H. auf Grund des ihm am 18. August 1893 angeblich an den gepfändeten und versteigerten Weinen eingeräumten Faustpfandrechts vorzugsweise Befriedigung vor den Beklagten und demgemäß Abänderung des Teilungsplanes dahin, daß auch die den Beklagten zugewiesenen Beträge ihm auszuzahlen seien. Er behauptet, Gegenstand der Faustpfandbestellung seien die im Keller T.straße gelagerten Weine gewesen, die abweichende Bezeichnung im Pfandvertrage sei eine irrtümliche. Die Beklagten bestreiten die Identität der gepfändeten und der durch den Vertrag vom 18. August 1893 verpfändeten Weine und wenden gegen die

Gültigkeit der Faustpfandbestellung ein, es habe jedenfalls eine dem Gesetze entsprechende Übergabe der Weine (T.straße) seitens des T. an den Kläger nicht stattgefunden; jener habe nämlich schon zur Zeit der Verpfändung zwei Schlüssel zu der erwähnten Verbindungsthür besessen, hiervon einen für sich zurückbehalten und auf diese Weise jederzeit freien Zutritt zu dem fraglichen Keller gehabt und gewähren können. Überdies habe der Kläger ohne jedesmalige Genehmigung des T. keinen Zugang zu dem Keller T.straße gehabt, weil T. ihm einen Schlüssel zu dem Keller Chr.straße nicht behändigt habe. Der Kläger bestritt das Vorhandensein von zwei Schlüsseln zu der Verbindungsthür, T. habe ihm den einen Schlüssel unter der ausdrücklichen Versicherung eingehändigt, daß dies der einzige sei. Das Landgericht hat auf einen von den Beklagten je zu leistenden Überzeugungseid darüber erkannt, daß zur Zeit der Übergabe des Schlüssels zu dem Keller T.straße an den Kläger ein zweiter Schlüssel zu diesem Keller in den Händen des T. vorhanden gewesen sei. Die Berufung des Klägers ist zurückgewiesen. Der Berufungsrichter geht mit dem ersten Richter davon aus, daß, wenn T. bei Abschluß des Pfandvertrages sich im Besitze von zwei Schlüsseln zum Keller T.straße befunden habe, ein vertragsmäßiges Pfandrecht an den daselbst gelagerten Weinen, das den Pfändungspfandrechten der Beklagten vorzugehen geeignet wäre, durch die Übergabe nur e i n e s Schlüssels an den Kläger rechtsgültig nicht habe entstehen können, einerlei ob der Kläger von dem Vorhandensein des zweiten Schlüssels Kenntnis gehabt habe oder nicht. Denn d i e Voraussetzung eines solchen vertragsmäßigen Pfandrechts, daß der Kläger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Weine d. h. die thatsächliche Herrschaft darüber mit Ausschließung einer Verfügungsmöglichkeit des T. erlangt haben müsse (§ 709 Abs. 2 C.P.O., § 14 Abs. 1 E.G. zur R.K.O.), wäre solchenfalls nicht erfüllt. Das Berufungsgericht stellt weiter auf Grund einer Beweiserhebung fest, daß T. in der That zur Zeit der Verpfändung im Besitze eines zweiten Schlüssels zu der betreffenden Verbindungsthür war, beließ es aber bei den vom ersten Richter den Beklagten auferlegten Eiden deshalb, weil die Beklagten Berufung nicht eingelegt hatten. Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen. Die Ansicht, auf der das Berufungsurteil beruht, ist als richtig anzuerkennen. Zunächst steht hier außer Frage, welche Rechte der Kläger aus dem Pfandvertrage gegen seinen Schuldner T. erworben hat, ob er insbesondere von ihm die Aushändigung des zweiten Schlüssels hätte verlangen können. Nur darauf kommt es an, ob der Kläger ein dingliches gegen Dritte, zumal die Beklagten als Pfändungspfandgläubiger wirksames Faustpfandrecht erworben hat. Dies muß auf der Grundlage des § 14 Abs 1 E.G. zur R.K.O. und des § 709 Abs. 2 C.P.O. allerdings verneint werden. Es steht außer Zweifel, daß hiernach zum Erwerbe des Faustpfandrechts an beweglichen körperlichen Sachen, wie den hier in Frage stehenden, die Verschaffung des Gewahrsams der zu verpfändenden Sachen für den Gläubiger wesentliches Erfordernis ist dergestalt, daß die Übergabe durch constitutum possessorium nicht genügt und der Gläubiger (oder ein Dritter für ihn) den Gewahrsam mit A u s s c h l i e ß u n g wie Dritter so auch des Schuldners und Verpfänders erlangen muß. Nr. 2729. Ein Mitbesitz des Verpfänders stände unter Umständen der rechtsgültigen Entstehung des Faustpfandes dann vielleicht nicht entgegen, wenn trotz desselben jede Einwirkungsmöglichkeit des Verpfänders auf die verpfändeten Sachen ausgeschlossen ist. So liegt die Sache hier nicht; der Verpfänder behielt dadurch, daß er einen zweiten Schlüssel zu d e m s e l b e n S c h l o s s e zurückgehalten hat, die Möglichkeit, nach seinem Belieben zu den verpfändeten Sachen zu gelangen, über sie zu verfügen und Anderen den Zutritt zu gestatten. Ob er von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollte, ist gleichgültig. Die Absicht, den Gewahrsam zu verschaffen, genügt nicht; wesentlich ist, daß ein entsprechender thatsächlicher Zustand der gekennzeichneten Art hergestellt wird. Der Gewahrsam muß ein solcher sein, daß, indem die Einwirkung Anderer ausgeschlossen ist, die Verpfändung hierdurch dem Verpfänder u n d D r i t t e n gegenüber kundbar wird. Ob dies im einzelnen Falle zutrifft, ist (auch bei Verpfändung von Waren auf Lager)

wesentlich Thatfrage. Hier hat das Berufungsgericht, ausgehend von der richtigen Rechtsanschauung, die Frage verneint und zwar mit gutem Grunde, da ja die Beklagten sogar die angeblich verpfändeten Weine mit Hilfe des im Besitze des T. gebliebenen Schlüssels pfänden lassen konnten, ohne durch irgend einen Umstand darauf aufmerksam gemacht zu sein, daß diese Weine zuvor verpfändet seien. Auch darauf kommt es nicht an, ob T. dem Kläger das Vorhandensein des zweiten Schlüssels verheimlicht hat. Die Heimlichkeit ist ein Hindernis des Besitzerwerbes und kommt als Einrede gegen die Besitzklage oder auch als Klaggrund für eine solche in Betracht (§§ 99, 100, 184, I. 7; §§ 33 ff., I. 15 A.L.R.). Hieraus kann selbstverständlich nicht gefolgert werden, daß da, wo es auf die Verschaffung des ausschließlichen thatsächlichen Gewahrsams an einer Sache als der vom Gesetze für den Erwerb eines Rechts an der Sache aufgestellten Voraussetzung ankommt, die Verheimlichung eines Umstandes, der den Zustand der Ausschließlichkeit gar nicht entstehen läßt, rechtlich gleichgültig wäre oder ignoriert werden müßte. Weil für die Frage des rechtsgültigen Erwerbes des Faustpfandrechts in erster Linie die Verschaffung des ausschließlichen Gewahrsams zu Gunsten des Gläubigers erforderlich ist, darf der vorliegende Fall auch nicht mit dem anderen Falle auf gleiche Linie gestellt werden, wo, nachdem das Pfandrecht rechtsgültig erworben worden ist, der Verpfänder rechtswidrig durch irgend eine Handlung die Ausschließlichkeit des Gewahrsams des Pfandgläubigers wieder aufhebt. Die Beantwortung der Frage, ob der Kläger durch den Verpfändungsakt vom 18. August 1893 ein gegen die Beklagten wirksames Pfandrecht erworben hat, müßte übrigens auch auf Grund der einschlägigen Vorschriften des preußischen A.L.R. dieselbe sein. Dies stellt als wesentliches Erfordernis gleichfalls schon die Übergabe der zu verpfändenden Sache in den körperlichen Gewahrsam des Gläubigers auf dergestalt, daß dem Verpfänder jede Einwirkung auf die Sache entzogen ist. Dies gilt insbesondere auch bei der Verpfändung von Waren durch sogen. symbolische Übergabe, nämlich durch Übergabe der Schlüssel zu dem Lokal, worin die Waren lagern (§§ 7 ff., 104 ff., 271 ff., 329 ff., I. 20 A.L.R.). Es muß ein Zustand hergestellt werden, der dem Gläubiger den ausschließlichen Gewahrsam verschafft und die Einwirkung Anderer verhindert, sonst ist eben eine derartige Verpfändung nicht statthaft. Das preußische L.R. (§§ 272 ff., 339 ff., I. 20) stellt hier sogar besondere Vorschriften auf, wodurch die äußere Kundbarmachung des in solcher Weise bestellten Pfandrechts als Erfordernis seiner Wirksamkeit gegen Dritte verlangt wird. Vom Standpunkte des Einführungsgesetzes zur Reichskonkursordnung aus könnte es sich fragen, ob diese besonderen Vorschriften weitere Erfordernisse für den Erwerb von Faustpfandrechten festsetzen, die gemäß § 16 E.G. zur R.K.O. neben dem in § 14 das. aufgestellten Erfordernisse andauernd gelten. Hierauf braucht jedoch nicht eingegangen zu werden, weil die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die eine wesentliche Voraussetzung für den Erwerb eines gegen Dritte wirksamen Pfandrechts seitens des Klägers durch den Verpfändungsakt vom 18. August 1893, nämlich die Verschaffung des ausschließlichen Gewahrsams an den verpfändeten Weinen für den Kläger, nicht erfüllt sei, wie gezeigt, keinesfalls auf Rechtsirrtum beruht.

Nr. 2046. V. Sen. 15. Mai 1886. V. 3. 86. Bd. 16, Nr. 38, S. 169.

Verpfändung von Gegenständen ohne Verkaufswert. (Hypothekenbrief ohne die Hypothekenforderung.) (Preuß. R.). Über die rechtliche Möglichkeit eines Faustpfandes an Beweis- und Legitimationspapieren bestehen verschiedene Ansichten. Für die verneinende Ansicht wird im wesentlichen geltend gemacht, daß Papiere, welche bloß zum Beweise einer Forderung bezw. bloß zur Legitimation dienen, nicht also zugleich wie z. B. die Inhaberpapiere Träger der Forderung selbst sind, zwar immerhin für die beteiligten Personen von Wert und Wichtigkeit seien, jedoch keinerlei selbständigen Vermögens- und Verkaufswert haben und aus diesem Grunde der Fähigkeit ermangeln, im Wege des dem Pfandgläubiger als wesentlichster Inhalt seines Pfandrechtes zustehenden

Verkaufsrechts zu seiner Befriedigung zu führen. Nr. 271. Nr. 1826. Ob begrifflich die Bestellung eines Faustpfandes an Papieren der fraglichen Art ausgeschlossen sei, kann hier dahingestellt bleiben. Erfahrungsmäßig werden sie zur Sicherstellung benutzt und es kann auch in der That dieser Zweck ohne Zuhilfenahme pfandrechtlicher Grundsätze erreicht werden. Wenn solche Gegenstände, von denen die Beteiligten wissen, daß sie keinen Verkaufswert haben, zum Zwecke beiderseits beabsichtigter Sicherheitsbestellung übergeben werden, so kann dabei die Absicht nur die sein, daß der Gläubiger an ihnen bis zu seiner Befriedigung ein Besitz- und Zurückbehaltungsrecht mit im Zweifel dinglicher Wirkung auszuüben berechtigt sein soll. Dies ergiebt sich als Absicht noch mit um so größerer Sicherheit, wenn von den Beteiligten die von ihnen gewollte Sicherheitsleistung als Faustpfand bezeichnet und auch sogar für ein Faustpfand gehalten wird. Die Sache wird auch dadurch nicht anders, daß etwa Schuldner und Gläubiger irrtümlich angenommen haben, der als Faustpfand hingegebene Gegenstand könne vom Gläubiger durch Verkauf verwertet werden. Dann mag der Gläubiger vielleicht berechtigt sein, auf bessere Sicherstellung zu dringen; solange er sich aber an der empfangenen Sicherheit genügen läßt, darf er auch darauf bestehen, daß ihm das von dem Schuldner neben einem unausführbaren Verkaufsrechte daran eingeräumte Besitz- und Retentionsrecht nicht verkümmert werde. Wenn der Berufungsrichter dem Rechte des Beklagten gegenüber dem Kläger auf Grund des § 546, I. 20 A.L.R. Wirkung versagt, so verkennt er, daß es sich hier um ein vertragsmäßig bestelltes, durch Besitzeinräumung dinglich gewordenes Vorenthaltungsrecht handelt. Nr. 280.

Nr. 2047. II. Sen. 16. Dezember 1879. II. 27. 79. Bd. 1, Nr. 74, S. 203.

Faustpfand. (Rhein. R.). Die Bestellung eines zweiten Faustpfandes an derselben Sache ist möglich, soweit ein gemeinsamer Besitz verschiedener Personen denkbar ist, also insbesondere dann, wenn der erste Faustpfandgläubiger, der die Sache im Besitz hat, dieselbe zugleich für Rechnung des zweiten Faustpfandgläubigers verwahrt (Art. 2076 code civil). Ein Pfandbestellungsvertrag ohne sofortige Besitzübertragung hat zwar nicht die Wirkung eines Realvertrages (Art. 2071 code civil), giebt aber dem Gläubiger das Recht, die Auslieferung des Pfandes zu verlangen.

Nr. 2048. II. Sen. 2. Dezember 1881. II. 400. 81. Bd. 5, Nr. 91, S. 337.

Voraussetzungen eines wirksamen Faustpfandes. Art. 2076, 2102 Code civil. (Rhein. R.). Das Vorzugsrecht, das das Gesetz an den Faustpfandvertrag (einen Realvertrag) knüpft, beruht nicht auf der Qualität der Forderung, sondern auf dem Besitze. Es dauert nur so lange fort, als der Gläubiger oder ein von den Parteien erwählter Dritter in diesem Besitze verblieben ist. Es folgt daraus, daß, wenn der Schuldner selbst, sei es auch auf Grund eines constitutum possessorium, den Besitz der Pfandsache fortgesetzt hat, von einem wirksamen Faustpfande nicht die Rede sein kann. Das Gesetz konnte auch in diesem Falle, angesichts des im Art. 2279 a. a. O. ausgesprochenen Prinzips, daß bei Mobilien der Besitz als Titel gilt, ein solches Recht nicht statuieren, wenn es nicht die Interessen gutgläubiger mit dem Schuldner kontrahierender Dritter in ungerechtfertigter Weise gefährden wollte. Der reelle äußerlich erkennbare Besitz des Pfandobjekts, wie ihn der Art. 1141 a. a. O. voraussetzt, ist somit die gesetzliche Bedingung für das Vorzugsrecht des Faustpfandgläubigers.

Nr. 2049. I. Sen. 20. Dezember 1879, I. 21. 79. Bd. 1, Nr. 67, S. 183.

Pfandrecht an Versicherungspolicen. (Preuß. R.). An der Versicherungspolice ist im vorliegenden Falle durch die bloße Aushändigung der Urkunde ein gültiges Pfandrecht nicht entstanden. Die Police ist nicht als wirkliches Inhaberpapier, sondern lediglich als Legitimationspapier für die aus dem Versicherungsvertrage herrührende Forderung zu erachten. Der Art. 309 H.G.B. aber, wenn man ihn überhaupt auf Forderungen anwenden will, erfordert zur gültigen Faustpfandbestellung die Besitzübertragung nach

den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, und nach dem preußischen Rechte bedarf es zur wirksamen Pfandbesitzübertragung an verbrieften Forderungen an einen benannten Gläubiger eines schriftlichen Verpfändungsaktes, an dem es hier fehlt. § 1 der Verordnung vom 9. Dezember 1809; § 394, I. 11 A.L.R; §§ 512, 515, 516, I. 20 das. Nr. 280. Nr. 4083.

Nr. 2050. V. Sen. 2. Dezember 1885. V. 166. 85. Bd. 14, Nr. 77, S. 297.

Schriftform bei Verpfändung hypothekarischer Forderungen. Ausfüllung eines Blanketts. (Reichs- und preuß. R.). Daß zur Verpfändung einer Hypothek oder einer Grundschuld nach preußischem Recht ein schriftlicher Vertrag nötig ist, ergeben die Vorschriften des § 1 der Verordnung vom 9. Dezember 1809, § 394, I. 11; §§ 93, 512 ff. I. 20 A.L.R. Auch die bloße Übergabe der Schuldurkunde hat nicht diese Rechtswirkung. § 281, I. 20 A.L.R. Die Ausführung des Beklagten, es liege ein Handelsgeschäft vor und für ein solches werde nach Art. 317 H.G.B. Schriftform nicht erfordert, ist nicht begründet. Die schriftliche Erklärung des Verpfänders ist als Akt der Besitzübertragung anzusehen und an diesem Erfordernisse des Pfandvertrages ist durch das H.G.B. nichts geändert, so daß es gleichgültig ist, ob ein Handelsgeschäft vorliegt. Ein unterschriebenes Formular, welches weder das Pfand noch die Forderung, wofür die Verpfändung geschehen soll, bezeichnet, kann nicht als schriftliche Willenserklärung über den Akt der Verpfändung angesehen werden. Ist aber die Ausfüllung später erfolgt, so daß die nunmehr vorliegende Verpfändungsurkunde allen Erfordernissen eines schriftlichen Vertrages entspricht, so kann zwar die Einrede der mangelnden Schriftform dann entgegengesetzt werden, wenn die Ausfüllung ohne oder wider den Willen des Unterschreibenden erfolgt, nicht aber, wenn die Ausfüllung der Abrede gemäß geschehen ist. Wer ein Blankett unterschreibt, übernimmt damit das Risiko, daß die richtige Ausfüllung erfolgt. Allerdings trifft denjenigen, welcher sich auf eine bloße Unterschrift beruft, der Beweis für die Existenz der Vereinbarung, und es ist die Einrede, daß der Inhalt der Schrift nicht dem Vertrage entspricht, möglich. Hat aber die Vereinbarung stattgefunden, so ist der Mangel der Schriftform beseitigt. Die Willenserklärung der Kontrahenten bei der Vereinbarung, daß dem Empfänger die Ausfüllung überlassen sein solle, kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Beide Formen haben gleiche Kraft (§ 59, I. 4 A.L.R.). Auch derjenige, welcher die nachträgliche Ausfüllung eines von ihm früher unterschriebenen Verpfändungsformulars erfährt und nunmehr diesen Akt ausddrücklich oder stillschweigend genehmigt, muß für verhaftet erachtet werden. § 189, I. 5 A.L.R. Nr. 279. Nr. 4187. Nr. 133. Nr. 130.

Nr. 2051. V. Sen. 28. November 1888. V. 215. 88. Bd. 22, Nr. 64, S. 325.

Verpfändung verbriefter Forderungen. Besitzübertragung durch Anweisung. § 281, I. 20 A.L.R. (Preuß. R.). Nach § 281, I. 20 A.L.R. können ausstehende Forderungen nur durch A u s h ä n d i g u n g der darüber auf einen gewissen Inhaber ausgestellten Urkunden gültig verpfändet werden. Eine bestimmte Form für die Besitzübertragung ist in § 281 nicht vorgeschrieben; es ist daher ausreichend, wenn die Gewahrsam an den Urkunden nach den für den Besitzerwerb in §§ 50 ff. I. 7 A.L.R. auf den Gläubiger gekommen ist, und zwar auch dann, wenn ein Dritter die Gewahrsam, soweit das Gesetz es zuläßt, für den Erwerber ausübt. Eine Besitzübertragung kann durch die Anweisung des Besitzers an den Inhaber, den Besitz im Namen eines Dritten auszuüben, in rechtswirksamer Weise erfolgen. §§ 66 ff. I. 7 A.L.R. Aus § 67 a. a. O. folgt, daß die Besitzübertragung durch Erklärung der Anweisung und Annahme derselben von dem Assignatar für vollendet gilt, ohne daß es einer Vorzeigung der Anweisung oder einer Benachrichtigung des Angewiesenen bedarf. Nr. 1729. Nr. 830. Dagegen kommt weiter in Frage, ob der Umstand, daß zur Zeit der Bestellung des Pfandes für den Kläger der Inhaber (Steuerfiskus) selbst Pfandbesitzer war, ein Hindernis für die

Rechtswirksamkeit der Anweisung der Beklagten bildet. In dem vorliegenden Falle, wo die Anweisung dahin ging, die Dokumente nach der Befriedigung des Fiskus dem Kläger zu übergeben, muß angenommen werden, daß die Aushändigung der letzteren entsprechend dem § 281, I. 20 A.L.R. an den Gläubiger erfolgt ist. Der Pfandgläubiger bleibt dem Schuldner gegenüber unvollständiger Besitzer (§ 117. I. 20 A.L.R.). In dieser Eigenschaft muß er nach seiner Befriedigung dem Pfandvertrage gemäß die Sache dem Schuldner zurückgeben (§ 159, I. 20 A.L.R.). Der Schuldner ist nicht behindert, dem in solcher Rechtslage befindlichen Gläubiger aufzutragen, daß er alsdann die Sache für einen Dritten innehalte oder sie ihm aushändigen solle. Geht man aber davon aus, daß die Anweisung und deren Annahme, also die vertragsmäßige Einigung des früheren und des neuen Besitzers, daß der Inhaber die Sache für Letzteren detinieren soll, die Besitzübergabe vollenden, so läßt sich auch die weitere Konsequenz nicht abweisen, daß dieselbe Wirkung auch einer betagten oder einer bedingten Willenserklärung beiwohnt und daß also in solchem Falle nach Eintritt des Termins oder der Bedingung die Übergabe für vollzogen zu erachten ist.

Nr. 2052. V. Sen. 8. Januar 1890. V. 233. 89. Bd. 25, Nr. 60, S. 284.

Streit über den Vorrang zwischen dem älteren Faustpfandgläubiger an einer Hypothek und dem jüngeren Pfändungspfandgläubiger, welcher sich wider Wissen und Willen des Ersteren in den Besitz des Hypothekenbriefes gesetzt hat. (Reichs- und preuß. R.). Der Kläger hat im Sinne des § 40 R.K.O. ein Faustpfandrecht an der streitigen Hypothek durch Vertrag erworben, da ein Dritter, D., für ihn den Gewahrsam an dem Hypothekenbriefe erlangt und behalten hat. Behalten hat D. den Gewahrsam noch über den Zeitpunkt hinaus, wo der Beklagte sein Pfändungspfandrecht erwarb. Sieht man also davon ab, daß später der Beklagte sich in den Besitz des Hypothekenbriefes gesetzt hat, so kann bei einer Heranziehung des § 15 des E.G. zur R.K.O. nicht davon die Rede sein, daß das Pfändungspfandrecht des Beklagten schon als solches nach § 709 C.P.O. dem vertragsmäßigen Faustpfandrechte des Klägers vorgehe; es würden vielmehr dann beide Pfandrechte gegenüber anderen Pfandrechten gleichen Rang haben und unter sich nach dem Alter rangieren; das Pfandrecht des Klägers aber ist das ältere. Wollte man nun auch bezweifeln, ob die im § 15 E.G. zur R.K.O. aufgestellten Formerfordernisse des Faustpfandrechts an Forderungen auch außerhalb des Konkursverfahrens zu beobachten seien, so würde doch nach landrechtlichen Vorschriften der Besitz der über die verpfändete Forderung ausgestellten Urkunde ausreichen, um im Sinne der Reichsjustizgesetze, namentlich auch im Sinne des § 709 C.P.O., ein Faustpfandrecht an der Forderung zu begründen, und diesen Besitz hatte der Kläger noch über den Zeitpunkt der Forderungspfändung des Beklagten hinaus. Der Beklagte hat auch dadurch einen Vorsprung vor dem Kläger nicht erlangt, daß er späterhin den Besitz des Hypothenbriefes erworben hat. Dies könnte zwar nicht schon aus dem Grunde angenommen werden, weil dem Beklagten auf Grund seines Pfändungspfandrechts die Hypothekenforderung nur zur Einziehung, nicht an Zahlungsstatt überwiesen worden ist. Denn bereits durch die Pfändung hatte der Beklagte nach § 709 Abs. 1 C.P.O. ein Pfandrecht an der Forderung erworben und auf den Inhalt, die Wirkung und den Rang dieses Pfandrechts an der Forderung äußert es keinen Einfluß, ob der Gläubiger sich demnächst die gepfändete Forderung nur zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überweisen läßt. Nr. 2054. Nr. 3776. Dagegen kann sich der Beklagte gegenüber dem Kläger auf seinen gegenwärtigen Besitz des Hypothekenbriefes um deswillen nicht berufen, weil er solchen Besitz wider Wissen und Willen des Klägers von dessen Besitzstellvertreter erworben hat und weil dadurch das Pfandrecht des Klägers an der Urkunde nicht verloren gehen konnte. Demnach kommt es auf die angebliche Gutgläubigkeit des Beklagten nicht an. Der unfreiwillige Besitzverlust bewirkt nach §§ 244, 253, I. 20 A.L.R. erst dann den Verlust des Pfandrechts, wenn der Faustpfandgläubiger sich

dabei beruhigt; solange dies wie hier nicht geschieht, hat er eine dingliche Pfandklage zur Wiederherstellung seines Besitzes. Aber auch wenn man mit dem Berufungsrichter an dem in § 15 E.G. zur R.K.O. aufgestellten Erfordernisse festhält, daß der Faustpfandgläubiger den erlangten Gewahrsam des Hypothekenbriefes behalten haben muß, erweist sich der jetzige Besitz des Beklagten an demselben als unerheblich, weil der Kläger durch seinen Besitzstellvertreter den Gewahrsam behalten hat bis zu dem Augenblicke, wo der Beklagte denjenigen Besitz erlangte, auf Grund dessen er nunmehr den Kläger überwinden will; und das genügt. Der vom Beklagten angerufene vielbestrittene Satz, daß zwischen den Cessionarien der gegenwärtige gutgläubige Besitz der Forderungsurkunde über den Vorrang entscheide, hat in den Fällen überhaupt keinen Raum, wo, wie hier, der gegenwärtige Besitzer seinen Besitz unmittelbar an den unfreiwilligen Besitzverlust seines Gegners anknüpft; denn die Bestimmung in § 23, I. 10 A.L.R., aus welchem jener Satz abgeleitet wird, ruht auf der Voraussetzung, daß von mehreren Prätendenten der eine die an ihn erfolgte Tradition für sich geltend machen könne, daß also die Besitzeinräumung auf den Entschluß des gemeinschaftlichen Konstituenten der kollidierenden Rechte zurückzuführen ist. Nr. 2014. Davon kann aber hier keine Rede sein, wo der Beklagte sich die Urkunde von einer Person hat übergeben lassen, die er günstigsten Falles für einen Vertreter des Hypothekengläubigers, aber irrtümlich, hielt, die jedoch in Wirklichkeit Besitzstellvertreter des Klägers war.

Nr. 2053. II. Hilfs-Sen. 11. Mai 1882. V^a. 514. 81. Bd. 7, Nr. 68, S. 238.

Hypothekenverpfändung. Einrede der vor der Verpfändung geleisteten Zahlung. §§ 281, 282, 289, I. 20 A.L.R. § 38 E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Zwischen dem Schuldner einer verpfändeten Hypothek und demjenigen, welchem vom Hypothekengläubiger die Hypothekenforderung bloß verpfändet ist, besteht weder ein persönlichrechtliches noch ein dinglichrechtliches Band. Ein Rechtsverhältnis zwischen beiden kann nur durch Cession oder durch exekutorische Überweisung des Schuldners an dessen (den Dritt-) Gläubiger erfolgen. Erst hierdurch wird dieser legitimiert, gegen den Hypothekenschuldner zu klagen. In Bezug auf die Geltendmachung des Rechts steht der Fall der Überweisung zur Einziehung dem Falle der cessionsweisen Überweisung nicht gleich. Der Drittgläubiger verfolgt ein eigenes Recht nur dann, wenn er durch Cession in die Rechte des Schuldners getreten ist. In diesem Falle kann er sich auf den Glauben des Grundbuches berufen, nicht weil er ein Pfandrecht an der Hypothek hatte, sondern weil er sie erworben hat; erhebt er die dingliche Klage, so tritt er als Erwerber des Rechts auf die Hypothek auf und zwar als Dritter im Sinne des § 38 des E.E.G. vom 5. Mai 1872. Hat er dagegen bloße Überweisung zur Einziehung erhalten, so hat er nur die Befugnis, die Rechte seines Schuldners, der der eigentliche Hypothekengläubiger bleibt, in Bezug auf Einklagung und Einziehung auszuüben. Er klagt also auch nicht als dritter Erwerber der Hypothek. Der § 38 a. a. O. ist nur zu Gunsten des dritten Erwerbers gegeben, findet also auf den Fall der dinglichen Klage aus der Überweisung zur bloßen Einziehung keine Anwendung. Betreffs der rechtlichen Folgen einer wirksamen Verpfändung von Hypotheken enthält das E.E.G. vom 5. Mai 1872 überhaupt keine Bestimmungen. Nr. 2054. Nr. 2021.

Nr. 2054. V. Sen. 8. Dezember 1883. V. 268. 83. Bd. 10, Nr. 71, S. 251.

Verpfändung einer eingetragenen, aber nicht bestehenden Forderung. (Preuß. R.). Derjenige, dem eine Hypothekenforderung nur verpfändet ist, hat ein dingliches Recht an dem Grundstücke nicht und kann daher ein solches auch nur geltend machen, wenn ihm das Hypothekenrecht seines Verpfänders abgetreten oder mit den Wirkungen der Cession oder der Assignation überwiesen ist. Nach den Grundsätzen des preußischen A.L.R. konnte sich ferner derjenige, dem im Wege der Zwangsvollstreckung eine Hypothekenforderung überwiesen ist, wenn dies nicht behufs Realisierung eines ihm

an derselben zustehenden Pfandrechts geschehen ist, gegen Einreden, die dem Schuldner gegen den bisherigen Hypothekengläubiger zustehen, auf seinen gutgläubigen Erwerb nur dann beziehen, wenn die Überweisung mit den Wirkungen der Cession geschehen war, nicht aber dann, wenn die Überweisung nur mit den Wirkungen der Assignation erfolgt war, weil diese kein dingliches Recht an der Hypothek begründete. Anders verhält sich jedoch die Sache, wenn die Überweisung mit den Wirkungen der Assignation behufs Realisierung eines an der Hypothekenforderung bereits bestehenden Pfandrechts erfolgt ist. Hier kommt der in den §§ 422 ff. und 522, I. 20 A.L.R. ausgesprochene Grundsatz zur Geltung, wobei kein Unterschied gemacht wird, ob das Recht, welches dem Dritten an der eingetragenen Forderung übertragen worden, Eigentum oder Pfandrecht ist. (Vergl. §§ 423, 426, I. 20 A.L.R.) Erwirbt aber derjenige, dem eine eingetragene Forderung verpfändet ist, auf Grund seines guten Glaubens an die Richtigkeit des Grundbuches ein dingliches Recht an der Hypothek, auch wenn das Realrecht seines Verpfänders niemals bestanden hat oder erloschen ist, wird also zu seinen Gunsten das eingetragene Hypothekenrecht als noch bestehend fingiert, so muß auch jeder Dritte dies sein dingliches Recht an der Hypothek anerkennen und darf es nicht dadurch verletzen, daß er es bestreitet, indem er behauptet, sein Gegenstand, die Hypothek an dem Grundstücke existiere nicht. Der § 38 E.E.G. vom 5. Mai 1872 hat die Bestimmungen der §§ 423, 522, I. 20 A.L.R. im wesentlichen unberührt gelassen. Nr. 2053. Nr. 2052. Nr. 1750. Nr. 2021.

Nr. 2055. V. Sen. 6. April 1889. V. 2. 89. Bd. 23, Nr. 57, S. 268.

Verpfändung von Aktien. Vorbehalt des Rechts auf den Bezug der Revenuen. (Preuß. R.). Der Eigentümer kann die Aktie begeben, sich jedoch den Nießbrauch an den Revenuen vorbehalten. Ist aber ein solcher Vertrag zulässig, so würde es demselben widersprechen, wenn der Besitzer der Aktie ein weitergehendes Recht als das ihm eingeräumte beanspruchen und also die Aushändigung neuer Talons und Dividendenscheine als ihm gebührend in Anspruch nehmen wollte. Das trifft hier zu. Nach der Feststellung des Berufungsrichters ist bei der Verpfändung der Aktien der Vertragswille sowohl des Beklagten (des Eigentümers der Aktie) als des G. (des Verpfänders) und des Klägers (des Pfandnehmers) dahin gegangen, daß dem Kläger außer den Aktien nur die zwei Dividendenscheine als Kaution für die Erfüllung der Verpflichtungen des Pächters G. haften sollten. Diese Absicht der Kontrahenten, dem Kläger nur ein Recht auf die Aktien und zwei Dividendenscheine, nicht auf ein weiteres Recht zum Bezuge von Dividenden zu gewähren, hat durch die Zurückbehaltung der Talons und der Dividendenscheine für die Zeit vom 1. Oktober 1886 bis 30. September 1892 seinen Ausdruck gefunden. Es würde mit dem bei der Verpfändung getroffenen Abkommen nicht übereinstimmen, eine Verpflichtung des Beklagten anzunehmen, daß er in die Aushändigung der 1892 zu emittierenden Talons und Dividendenscheine an den Kläger willigen müsse. Die Entscheidung verstößt auch nicht gegen die Vorschriften der §§ 42 ff. I. 2 A.L.R. Denn will man auch mit dem Kläger davon ausgehen, daß die Talons und Dividendenscheine an sich ein Zubehör der Aktie bildeten, so ist doch dies Rechtsverhältnis durch die Zurückbehaltung und die dadurch bewirkte Lösung der Pertinenzqualität aufgehoben und der Kläger kann als Besitzer der Aktien nicht Gegenstände als deren Zubehör fordern, die durch gültigen Rechtsakt diese Eigenschaft verloren haben. Der Umstand, daß der Kläger auf Grund der Verurteilung des G. zur Zahlung der Pachtzinsen die Aktien hat pfänden lassen und sie in einer vom Gerichtsvollzieher abgehaltenen Auktion erstanden hat, wobei ihm dieselben Urkunden, die er als Pfandstücke erhalten hatte, übergeben sind, ändert an der Beurteilung nichts, denn der Kläger konnte als Pfändungspfandgläubiger ein anderes oder weiter reichendes Recht, als ihm durch den Pfandvertrag bestellt war, nicht zum Verkaufe bringen, und bei voller Kenntnis des Sachverhaltes nicht mehr, als er verkaufen durfte, erwerben.

Nr. 2056. I. Sen. 6. Februar 1896. I. 336. 95. Bd. 36, Nr. 31, S. 120.

Ungültigkeit einer Verpfändung wegen Unredlichkeit des Pfandnehmers nach Art. 306 H.G.B. Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Herausgabe von ihr unstreitig gehörigen Wertpapieren (preußischen Konsols und einem Pfandbriefe), die sie ohne Coupons und Talons dem Kaufmann und Bankier T. zur Aufbewahrung übergeben hat. Von diesem hat die Beklagte sie, ebenfalls ohne Coupons und Talons, erhalten. T. ist gestorben und über seinen Nachlaß ist der Konkurs eröffnet worden. Die Beklagte behauptet, daß ihr die Papiere von T. verpfändet worden seien. Die Klägerin bestreitet dies und macht daneben geltend, daß die Beklagte bei Annahme der Papiere grob fahrlässig gehandelt habe und sich daher auf Art. 306 H.G.B. nicht berufen könne. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; auf die Berufung der Klägerin ist die Beklagte nach dem Klagantrage verurteilt. Die Revision der Beklagten ist zurückgewiesen. Gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die streitigen Papiere von T. der Beklagten verpfändet worden, sind begründete Bedenken nicht zu erheben. Die Beklagte hat zwar nach Empfang der ihr unter Erklärung der Verpfändungsabsicht übersandten Papiere sofort das Fehlen der Coupons und Talons gerügt bezw. deren Nachlieferung gefordert, sie hat aber die Papiere angenommen und behalten und nicht zu erkennen gegeben, daß sie den Pfanderwerb von der Nachlieferung der Coupons und Talons abhängig machen wollte. Andererseits ist aber auch der Annahme des Berufungsgerichts beizupflichten, daß die Beklagte als redliche Pfandnehmerin im Sinne des Art. 306 H.G.B. nicht angesehen werden könne. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat allerdings die Beklagte von der ungünstigen Vermögenslage, in der sich T. bereits zur Zeit der Verpfändungen befand, damals keine Kenntnis gehabt, ohne daß sie deswegen ein Verschulden trifft. Mit Recht aber ist das entscheidende Gewicht darauf gelegt worden, daß die der Beklagten übersandten Papiere sich für eine Verpfändung in einem regelwidrigen und ungewöhnlichen Zustande befanden, daß der Verpfänder ein Bankier war und daß es eine verbreitete und bekannte Gewohnheit ist, Inhaberpapiere ohne die dazu gehörigen Coupons und Talons bei Bankiers in Verwahrung zu geben. Mit Rücksicht hierauf war es Pflicht der Beklagten, mit der Möglichkeit zu rechnen, daß es sich um solche nur in Verwahrung gegebene Papiere handelte, und es war grobe Fahrlässigkeit, diese Pflicht außer acht zu lassen. Es erscheint unbedenklich, davon auszugehen, daß, von besonderen Umständen abgesehen, derjenige, dem von einem Bankier Inhaberpapiere ohne die dazu gehörigen Coupons und Talons als Pfand angeboten werden, sie redlicherweise nur unter der Bedingung, daß die Zubehörstücke nachgeliefert werden, annehmen kann und sie mithin nicht behalten darf, wenn sich herausstellt, daß wegen mangelnder Verfügungsbefugnis die Bedingung nicht erfüllt werden kann. Indem die Beklagte nicht so handelte, sondern unbedingt die Papiere annahm und nur in eigenem Interesse die Vervollständigung der Pfandsicherheit verlangte, setzte sie sich leichtfertig über die Rücksicht hinweg, die sie auf etwaige Rechte Dritter zu nehmen hatte. Hatte die Beklagte bis dahin keinen Anlaß, Mißtrauen zu hegen hinsichtlich der Vermögensverhältnisse des T., so berechtigte sie das gegenüber den auffälligen Verpfändungen nicht, sich aller Bedenken namentlich in Bezug auf die Gewissenhaftigkeit seiner Geschäftsführung zu entschlagen. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß die Beklagte sofort und wiederholt die Nachlieferung der Coupons und Talons gefordert und T. die Nachlieferung zugesagt hat. Die Redlichkeit gebot es, abzuwarten, ob T. imstande sein würde, sein Versprechen zu halten, und bis dahin den endgültigen Pfanderwerb zu suspendieren. Wenn in den vom Berufungsgericht eingeholten Gutachten der Handelskammer in B. und des Bankiers M. zum Teil abweichende Auffassungen hervortreten, so kann darauf nichts ankommen. Das Gericht war an die Gutachten nicht gebunden, und soweit es sich mit ihnen in Widerspruch setzt, ist dies zutreffend damit begründet

worden, daß für das Maß der vom Pfanderwerber aufzuwendenden Sorgfalt die Rücksicht auf die eigene Sicherheit nicht von Bedeutung sein könne.

Nr. 2057. II. Sen. 11. Januar 1887. II. 277. 86. Bd. 17, Nr. 13, S. 57.

Faustpfand; bewegliche Sachen. Art. 309 H.G.B. Als „bewegliche Sachen" im Sinne des Art. 309 H.G.B. sind nur körperliche Sachen, nicht Forderungsrechte zu verstehen. Nr. 1826. Im vorliegenden Falle, wo es sich um die Verpfändung einfacher Hypothekenforderungen handelt, war die Frage, ob ein rechtswirksames Faustpfandrecht vorliege, nicht nach Art. 309 H.G.B., sondern lediglich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (Art. 2074 ff. code civil) zu beurteilen. Nr. 280. Nr. 515. Nr. 4083.

Nr. 2058. I. Sen. 20. Juni 1883. I. 255. 83. Bd. 9, Nr. 80, S. 292.

Bestellung eines Faustpfandes im Sinne des Art. 309 H.G.B. durch Verpfändung eines Grundschuldbriefes. (Reichs- und preuß. R.). Der Kaufmann H. und der klagende Verein standen auf Grund eines Kontokorrentvertrages in dem Rechtsverhältnisse des Korrespondenten zu seinem Bankier. H., der Korrespondent, hatte bei dem Verein, seinem Bankier, vier mit Blankocession versehene Grundschuldbriefe in Depot gegeben. In einem Schriftstück, das dem Verein übergeben ist, hat H. erklärt, daß er jene Grundschuldbriefe dem Bankverein „im Sinne des Art. 309 H.G.B. zum Faustpfand bestelle für alle Beträge, die er dem Bankverein verschulde oder in Zukunft verschulden werde". Nach der Annahme des Berufungsgerichts ist in diesem Sachverhältnisse eine ganz deutliche Willenserklärung seitens beider Kontrahenten dahin zu erkennen, daß der Bankverein berechtigt sein sollte, sich (im Falle unterbleibender Zahlung eines fälligen Guthabens dieses Vereins aus dem Kontokorrentverhältnisse an H.) in der demnächst verwirklichten Weise durch Verkauf der Grundschuldbriefe in Höhe des dadurch erzielten Erlöses unter Fortbestand des durch diesen Erlös nicht berichtigten Teils jenes Guthabens bezahlt zu machen. Diese Auslegung ist eine nach den konkreten Umständen des Falles im Sinne des Art. 278 H.G.B. durchaus berechtigte. Die in § 55 des preußischen E.E.G. vom 5. Mai 1872 gegebene Befugnis des Inhabers eines mit Blankocession versehenen Grundschuldbriefes schließt die Durchführung der Rechte eines Faustpfandgläubigers gemäß den Normen der Art. 309, 310 H.G.B. nicht aus, und aus den Bestimmungen der §§ 281, 289, I. 20 A.L.R. und des § 1 der preußischen Verordnung vom 9. Dezember 1809 läßt sich nicht herleiten, daß ein Recht der gekennzeichneten Art durch Vertrag und Einräumung der Gewahrsam an mit Blankocessionen versehenen Grundschuldbriefen nicht bestellt werden könne. Ebensowenig folgt aus § 52 Abs. 2 des preußischen E.E.G. vom 5. Mai 1872, daß durch die in dem Verkaufe und der Aushändigung der mit Blankocession versehenen Grundschuldbriefe an den Käufer liegende Übertragung des Grundschuldrechts auf den Letzteren die ganze der Bestellung des Pfandrechts zu Grunde liegende Prinzipalforderung des Bankvereins erloschen sei. Der Abs. 2 des § 52 a. a. O. enthält nicht eine absolute eine entgegenstehende Vereinbarung ausschließende Norm.

Nr. 2059. I. Sen. 20. Januar 1894. I. 4. 94. Bd. 32, Nr. 26, S. 99.

Natur der im Art. 310 Abs. 2 H.G.B. angeordneten Bewilligung des Pfandverkaufes als einer Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das Gesuch des Pfandgläubigers um Bewilligung des Verkaufs des Pfandes und die Verordnung des Gerichts darauf im Falle des Art. 310 H.G.B. sind kein Antrag in einem bürgerlichen Rechtsstreit und keine Entscheidung in einem zur streitigen Gerichtsbarkeit gehörigen Verfahren. Das Recht des Gläubigers, sich aus dem schriftlich bestellten Pfande durch Verkauf ohne Klage und Urteil zu befriedigen, statuiert der Abs. 1 des Art. 310. Nach Abs. 2 soll der Gläubiger von diesem Recht nicht ohne Bewilligung des Gerichts Gebrauch machen. Die Bewilligung

des Verkaufes durch das Gericht ist im Interesse des Schuldners vorgeschrieben, um ihn gegen willkürlichen und intempestiven Verkauf zu schützen. Dem Gericht sind deshalb die Voraussetzungen des Verkaufs (Bestand des Pfandrechts und Vorzug) zu bescheinigen. Eine Entscheidung über den Bestand des Pfandrechts enthält die Androhung des Verkaufs nicht. Die Anordnung erfolgt ohne Gehör des Schuldners und auf Gefahr des Gläubigers und der Verkauf durch den Gläubiger selbst außergerichtlich, nicht im Wege der Zwangsvollstreckung. Das im Art. 310 H.G.B. vorgesehene Verfahren gehört daher nicht zur streitigen, sondern zur freiwilligen Gerichtsbarkeit. Im vorliegenden Falle ist der Antrag des Gläubigers durch die Beschlüsse des Amtsgerichts und des Landgerichts kostenpflichtig abgewiesen worden. Durch Beschluß des Landgerichts ist für die Berechnung der Gerichtskosten für dies Verfahren der Wert des Objekts festgesetzt und die dagegen eingelegte Beschwerde durch den jetzt angefochtenen Beschluß des Oberlandesgerichts als unbegründet zurückgewiesen worden. Zur Entscheidung über die jetzt vorliegende weitere Beschwerde ist das Reichsgericht nicht zuständig (§ 135 G.V.G., § 2 des E.G. zum G.V.G., § 530 C.P.O., § 3 des E.G. zur C.P.O.). Die Zuständigkeit des Reichsgerichts zum Befinden über diese Beschwerde kann dadurch allein nicht begründet werden, daß einzelne Vorschriften des deutschen Gerichtskostengesetzes nach den §§ 1, 3 des preußischen Gesetzes vom 21. März 1882 für den Kostenansatz und die Gebührenerhebung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Anwendung kommen.

---

§ 82.
Fischereirecht.

E.G. Art. 69.

Windscheid I. § 146 Note 12, § 184 Nr. 2 und Note 5b. Stobbe II. § 150 Nr. IV. Dernburg I. § 230.

Nr. 2060. II. Hilfs-Sen. 26. Februar 1880. Va. 117. 79. Bd. 1, Nr. 133, S. 372.

Fischerei. Krebsfang. (Preuß. R.). Da Krebse zu denjenigen Tieren gehören, die nach dem Gesetze (§§ 170 ff. I. 9 A.L.R. § 78; II. 15 das.) Gegenstand der Fischerei sind, so ist das Recht, sie zu fangen, ein Fischereirecht, wenn dieses auch in betreff der Tiere, die sich der Berechtigte aneignen darf, ein beschränktes ist. Als ein solchergestalt beschränktes Fischereirecht unterliegt es ebenso, wie jedes andere Fischereirecht, den Vorschriften der Art. 1 und 12 des Gesetzes vom 2. März 1850 und kann demnach seit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes durch Verjährung nicht mehr erworben werden.

Nr. 2061. II. Hilfs-Sen. 5. April 1880. Va. 106. 79. Bd. 2, Nr. 52, S. 191.

Ersitzung eines Mitfischereirechts in einem öffentlichen Flusse, wenn die Fischereinutzung verpachtet ist. § 521, I. 9, §§ 21, 24, II. 14, §§ 38, 73, II. 15 A.L.R. (Preuß. R.). Der § 521, I. 9 A.L.R. enthält eine Anwendung des allgemeinen Satzes in § 516 das., daß gegen den, welcher sein Recht zu gebrauchen oder zu verfolgen gehindert wird, keine Verjährung anfangen kann. Der Grund des cit. § 521 liegt darin, daß der Eigentümer, solange sich die Sache im Gewahrsam des Pächters befindet, keine Gelegenheit und ohne weiteres keine Veranlassung hat, sich zu bekümmern, was mit der Sache vorgeht. Das vormalige preußische Obertribunal hat deshalb den § 521 für nicht anwendbar erklärt, wenn nur einzelne Pertinenzien oder Gerechtsame eines Grundstücks verpachtet sind (Rechtsfälle III S. 108), diese Annahme jedoch näher dahin bestimmt, daß die Frage der Anwendbarkeit mit Rücksicht auf den Grund des Gesetzes

nach den besonderen Umständen des Falles zu prüfen ist (Striethorst Archiv Bd. 1, S. 192, Bd. 2, S. 32; Entsch. Bd. 61, S. 29). Mit dieser Begrenzung ist der Ansicht des Obertribunales beizutreten. Im vorliegenden Falle ist die Ersitzung des Mitfischereirechts für den Beklagten und dessen Vorbesitzer nach den vorhandenen Umständen durch § 521 a. a. O. nicht ausgeschlossen, wenn bei Beginn der Verjährungszeit die fiskalische Fischereinutzung im Memelstrome und zwar nur diese verpachtet war. Denn die Verpachtung betraf nur ein einzelnes Nutzungsrecht und entzog dem Fiskus oder den ihn vertretenden Behörden nicht die Gelegenheit und Veranlassung, den Strom an der fraglichen Strecke zu beaufsichtigen. Abgesehen von der Strompolizei und der Pflicht zur Kontrolle behufs Unterhaltung der Wasserstraße für die Schiffahrt verblieb der Fiskus im Besitz der Rechte, welche außer der Fischerei aus dem gemeinen Eigentum des Staates fließen, namentlich des Flößungsrechts, der Jagd und der Nutzung an Gras, Schilf, Rohr und Binsen. Nr. 2079. Nr. 1912.

Nr. 2062. V. Sen. 7. Dezember 1888. V. 224. 88. Bd. 22, Nr. 65, S. 335.

Translative Ersitzung solcher bereits bestehenden Rechte, deren Aufhebung die Gemeinheitsteilungsgesetze anstreben. (Preuß. R.). Der Berufungsrichter erachtet den Übergang der Fischereiberechtigung auf die Kläger für erfolgt, weil dem Rechtsvorgänger der Kläger und diesen selbst die bis spätestens zum Jahre 1874 vollendete außerordentliche (30jährige) erwerbende Verjährung zur Seite stehe. Daß der Rechtsbesitz des K. (Vorbesitzer der Kläger), da er sich auf einen den gesetzlichen Vorschriften nicht genügenden Erwerbstitel stützte, ein unrechtfertiger im Sinne des § 14, I. 7 A.L.R. war, steht dem Erwerbe durch dreißigjährige Ersitzung nicht entgegen, und der Ansicht des Revisionsklägers, daß die Vollendung der Ersitzung durch Art. 12 des Ergänzungsgesetzes vom 2. März 1850 ausgeschlossen werde, kann für den vorliegenden Fall nicht beigetreten werden. Wortlaut und klarliegender Zweck der Vorschriften in § 164 der Gemeinheitsteilungsordnung vom 7. Juni 1821, § 1 der Deklaration vom 31. März 1841, Art. 12 des Gesetzes vom 2. März 1850 schließen nur das Entstehen *neuer* Gemeinheiten derjenigen Art, deren Beseitigung die Gemeinheitsteilungsgesetze anstreben, auf anderem Wege als dem des schriftlichen Vertrages, insbesondere auf dem der Ersitzung aus. Was aber hier den Gegenstand der Ersitzung bilden soll, ist keine *neue* Gemeinheit (Dienstbarkeit), sondern das von der Gemeinde L. an K. verkaufte, also das ihr im Jahre 1832 übertragene schon seit dem Jahre 1780 aus dem Eigentume des Fiskus an den Fischereigewässern losgelöste selbständig und veräußerlich bestehende Fischereirecht. Die Kläger beanspruchen nicht eine neue besondere Belastung des fiskalischen Grundeigentums, sondern nur die Befugnis, das seit 1780 bestehende Recht an Stelle der früher Berechtigten in gleichem Umfange und unter gleichen Bedingungen wie diese für sich geltend zu machen und auszuüben. Der Zulässigkeit einer derartigen „translativen" Ersitzung dinglicher Rechte stehen die erwähnten Vorschriften der Gemeinheitsteilungsgesetze in dem Falle, wenn es sich wie hier um den Übergang eines bestehenden subjektiv *persönlichen* Rechtes von einer Hand in die andere handelt, ebensowenig entgegen, als in dem Falle, wenn die Befugnis zur Geltendmachung eines subjektiv *dinglichen* der Aufhebung im Wege der Gemeinheitsteilung unterliegenden Rechts darauf gestützt wird, daß das berechtigte Grundstück und mit demselben die zugehörige Berechtigung durch Ersitzung erworben sei. Nr. 1907.

---

§ 83.

Lehnrecht.

E.G. Art. 59—61.

Stobbe I. §§ 80, 116—128, V. §§ 315—319. Dernburg I. §§ 182, 365—373. III. § 98 a. E.

Nr. 2063. III. Sen. 4. Oktober 1887. III. 126. 87. Bd. 19, Nr. 43, S. 234.

Nachweis des Erwerbes der Allodialerbschaft des Vaters als Voraussetzung für die Lehnsfolge des Sohnes. (Gem. R.). Aus der Gesetzesstelle II feud. 45 folgt nicht, daß zur Begründung der angestellten Klage neben der behaupteten Lehnsfolge auch die thatsächliche Angabe gehöre, daß der Kläger Allodialerbe seines Vaters geworden sei. Vielmehr folgt aus dem Gesetze, daß, wenn ein Sohn das Lehen des Vaters in Anspruch nimmt, es daraufhin erhält und behält, er ohne Weiteres auch die väterliche Allodialerbschaft annehmen und behalten muß bezw. sie nicht mehr ausschlagen darf, vielmehr als Universalsuccessor des Vaters solange zu gelten hat, als er nicht etwa durch Restitution oder auf sonstigem Wege den Erwerb des Lehens in seinen rechtlichen Folgen wieder beseitigt. Der Kläger könnte nur dann das Lehen nicht beanspruchen, wenn er die Allodialerbschaft seines Vaters vor dem Erwerbe des Lehens ausgeschlagen und sich der Succession in letzteres beraubt hätte. Ist der Sohn vom Vater enterbt, so ist ihm die Allodialerbschaft nicht deferiert, er konnte sie also auch nicht ausschlagen und ist dadurch nicht gehindert, in das Lehen zu succedieren.

Nr. 2064. I. Sen. 13. Dezember 1884. I. 278. 84. Bd. 12, Nr. 60, S. 239.

Lehnfolgerecht der Mantelkinder. (Gem. R.). Nach gemeinem deutschen Recht sind unehelich geborene aber durch nachfolgende Ehe der Eltern legitimierte Kinder (sogen. Mantelkinder) von der Succession in Lehne nicht ausgeschlossen. Der Ausspruch in II feud. 26 § 11 ist als gemeines Recht in Deutschland nicht aufgenommen. Die Vorschrift des kanonischen Rechts c. 6 X qui filii sint legitimi 4, 17 über die Legitimation durch nachfolgende Ehe ist durch ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht auch auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts zur Geltung gelangt und es ist ferner anzunehmen, daß die allgemeine Regel des kanonischen Rechts in Deutschland auch bei der Lehnfolge der Legitimierten gewohnheitsrechtliche Geltung erlangt hat. Das Lehnfolgerecht der Mantelkinder ist als die gemeinrechtliche Regel zu betrachten und die Ausschließung derselben von der Lehnfolge in Ermangelung einer hierauf bezüglichen Bestimmung im Lehnsvertrage nur insoweit anzuerkennen, als sie in partikularrechtlichen Normen begründet ist. Demnach stellt sich für das Gebiet des gemeinen deutschen Rechts dasselbe Ergebnis heraus, welches für das Gebiet des preußischen L.R. durch die Bestimmung in § 361, I. 18 A.L.R. angenommen wird. Nr. 2193.

Nr. 2065. I. Sen. 21. Oktober 1885. I. 232. 85. Bd. 14, Nr. 56, S. 226.

Fideikommissarische Primogeniturordnung. Wirkung eines Verzichts auf die Succession. (Gem. R.). Wenn bei einem eingetretenen Successionsfalle ein zur Lehnfolge Berechtigter zu Gunsten eines durch ihn ausgeschlossenen lehnfolgeberechtigten Seitenverwandten auf die Succession verzichtet oder ein Lehnsbesitzer das Lehen an einen lehnfolgeberechtigten Seitenverwandten veräußert hat und der auf diese Weise in den Besitz des Lehens gelangte Erwerber ohne lehnsfähige Nachkommenschaft verstirbt, so kann es zweifelhaft erscheinen, ob Ersterer wegen des Verzichts oder der Veräußerung seines Rechts auch von der Succession in diesem Falle ausgeschlossen ist oder ob in dem Verzicht auf eine bereits eröffnete Succession, wie in der Veräußerung des Lehens an einen Lehnfolgeberechtigten, der Verzicht auf ein in Zukunft sich eröffnendes Successionsrecht nicht enthalten ist. Im Zweifel muß das letztere angenommen werden, nicht allein

nach dem allgemeinen Grundsatze, daß Verzichte im Zweifel im engeren Sinne zu verstehen sind, sondern auch nach der ausdrücklichen Entscheidung dieser Frage in II feud. 49. Der Agnat, welcher zu Gunsten des Lehnsbesitzers finem et refutationem fecit, hat, wenn der Letztere ohne lehensfähige Nachkommenschaft stirbt, ungeachtet der Veräußerung oder des Verzichtes das Successionsrecht, wenn er nicht entweder ausdrücklich gänzlich (omnino) auf das Lehen verzichtet oder dies stillschweigend durch schlüssige Handlungen insbesondere dadurch gethan hat, daß er in die Übertragung des Lehens als Neulehen willigte. Bei Darstellung der Primogeniturordnung pflegt zwar der Grundsatz aufgestellt zu werden, daß bei Abgang des bisherigen Besitzers ohne successionsberechtigte Nachkommenschaft die ihm nächste Parentel oder Linie und in derselben der Erstgeborene und dessen Nachkommenschaft zur Succession gelangt. Dies ist jedoch nur richtig bei Unterstellung des regelmäßigen Falles, daß das nach der Primogeniturordnung sich vererbende Gut sich bisher im Besitze der zur Zeit ältesten Linie befunden hat, was deshalb als Normalfall erscheint, weil in der Regel bei bestehender Primogeniturordnung ein Übergang auf eine jüngere Linie nur dann stattfindet, wenn in keiner älteren Linie ein successionsberechtigtes Mitglied mehr vorhanden ist. In diesem Falle geht das Gut auf die nächste Linie über nicht deshalb, weil sie die dem letzten Besitzer nächste, sondern weil sie nunmehr die älteste ist. Es kommt hiermit der Wille desjenigen, der die Primogeniturordnung angeordnet hat, zum Vollzuge. Anders verhält es sich dagegen, wenn sich das Gut bisher nicht in den Händen der ältesten Linie befunden hat, was vorkommen kann, etwa infolge eines Verzichts von Mitgliedern einer älteren Linie oder weil dieselben aus Irrtum oder aus anderen Gründen ihr besseres Successionsrecht nicht geltend gemacht haben. In diesem Falle würde, wenn beim Abgange des bisherigen Besitzers Successionsberechtigte aus einer älteren und einer jüngeren Linie vorhanden sind, die Zulassung der letzteren zur Succession aus dem Grunde, weil die jüngere Linie mit dem letzten Besitzer den nächsten gemeinsamen Stammvater hat, die Folge haben, daß die jüngere Linie der älteren vorginge. Diese Succession könnte nicht aus dem Willen desjenigen hergeleitet werden, welcher die Primogeniturordnung angeordnet hat, da hierin die Anordnung liegt, daß schlechthin die ältere Linie der jüngeren vorgehen soll. Sie könnte nur dadurch gerechtfertigt werden, daß der der älteren Linie angehörige Successionsberechtigte durch eine von ihm abgegebene oder eine sonstige für ihn verbindliche Willenserklärung gebunden sei, die Succession der jüngeren Linie, obwohl sie gegen den Willen des Stifters stattfindet, dennoch zuzulassen. Eine solche Willenserklärung liegt hier nicht vor. Nicht bedurfte es hier einer Erörterung der verwandten Frage, ob bei einem im Mannesstamme und bei dessen Erlöschen im Weiberstamme nach der Primogeniturordnung sich vererbenden Lehns- und Fideikommißgute beim Anfalle an den Weiberstamm die Erbtochter oder die Regredienterbin vorgehe. Es handelt sich bei beiden Fragen um die Auslegung der Anordnung, auf welcher die Primogeniturordnung beruht. Die Auslegung derselben aber kann eine verschiedene sein, je nachdem die Succession in dem allein berufenen Mannesstamme oder in dem eventuell berufenen Weiberstamme in Frage steht.

Nr. 2066. III. Sen. 1. Februar 1887. III. 241. 86. Bd. 17, Nr. 33, S. 134.

Lehen. Revokationsklage. Verjährung. Ersitzung. (Gem. R.). In der erblichen Übertragung des Besitzes und Genusses eines Lehngutes, insbesondere in der Konstituierung eines Erbpacht- oder Kolonatrechts an einem Lehngute oder an Teilen eines solchen ist eine verbotene der Revokation des Lehnsherrn und der Vasallen unterliegende Veräußerung enthalten, da durch Konstituierung dieser Rechtsverhältnisse dem Lehnsherrn und den Vasallen die Einwirkung auf das Lehen fast vollständig entzogen wird. Die Klage der Vasallen auf Revokation verbotener Veräußerungen von Lehnsobjekten verjährt mit Ablauf von dreißig Jahren von dem Zeitpunkte an, wo ihnen das Lehen angefallen ist und sie ihr Successionsrecht geltend machen können. Da das Recht der

Agnaten durch die Handlungen des veräußernden Lehnsbesitzers nicht beeinträchtigt werden kann, so können sie zu der Zeit, zu welcher sie in das Lehen succedieren würden, wenn eine Veräußerung nicht stattgefunden hätte, das Lehen mit der Revokationsklage von dem dritten Besitzer zurückzufordern. Die seit langer Zeit im hohen Grade bestrittene Frage, ob der Erwerb von Lehngrundstücken durch Ersitzung seitens eines dritten Erwerbers möglich ist und ob durch eine solche Ersitzung die Revokation der veräußerten Lehnsobjekte seitens des Lehnsherrn und der Vasallen ausgeschlossen wird, wenn die Verjährungszeit für die Revokationsklage noch nicht abgelaufen ist, ist in Übereinstimmung mit der in der deutschen Gerichtspraxis vorherrschenden Meinung zu bejahen. Die gegen diese Ansicht aus II feud. 40, 55 entnommenen Bedenken fallen jedenfalls hinweg gegenüber der Revokationsklage der Agnaten, da sich auf diese jene zum Schutz der lehnsherrlichen Rechte erlassenen Verordnungen nicht beziehen. Da das Lehnrecht besondere Vorschriften über die Ersitzung nicht enthält, so sind bezüglich ihrer Voraussetzungen die Grundsätze des allgemeinen Rechts maßgebend.

Nr. 2067. II. Hilfs-Sen. 20. Mai 1880. V^{a} 33. 80. Bd. 2, Nr. 62, S. 218.

Ersitzung gegen den Lehnsbesitzer. (Preuß. R.). Wenn die Lehnsqualität eines Gutes feststeht, so ist der zeitige Lehnsbesitzer in seiner Dispositionsbefugnis über die Substanz des Lehnsgutes durch die eventuellen Successionsrechte der Agnaten beschränkt, und es kann daher auch ein Dritter durch Besitzhandlungen, die während rechtsverjährender Zeit lediglich gegen den zeitigen Lehnsbesitzer vorgenommen sind, ein die Rechte der Agnaten beschränkendes dingliches Recht an dem Grundstücke nicht erwerben. (Entsch. des Obertribunals Bd. 53, S. 191, Striethorst Archiv Bd. 34, S. 106). Dies folgt auch aus dem Grundsatze des § 516, I. 9 A.L.R. (Entsch. des Obertribunals Bd. 41, S. 255). Es kann hier dahingestellt bleiben, ob es mit Rücksicht auf den Inhalt des § 516 a. a. O. überhaupt noch darauf ankommt, ob der Verjährende die Lehnsqualität gekannt habe oder bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte kennen müssen oder nicht. Denn im vorliegenden Falle geht die Lehnseigenschaft des fraglichen Gutes aus dem Hypothekenbuche hervor und dies würde nach § 19, I. 4 A.L.R. der Ersitzung entgegenstehen. Zwar ist nach den reglementarischen Bestimmungen der §§ 33, 47 und 50 Titel II der Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 vorgeschrieben, daß die Eintragung der Lehnsqualität nicht bloß auf dem Titelblatt, sondern auch in der II. Rubrik erfolgen solle und im vorliegenden Falle war nur ein Vermerk auf dem Titelblatt vorhanden. Daß aber ein dritter Erwerber auch den sonstigen Inhalt des Hypothekenbuches prüfen muß und sich zur Entschuldigung seiner Unkenntnis der Lehnsqualität nicht auf den Umstand allein berufen kann, daß gerade in der II. Rubrik kein Vermerk eingetragen ist, darüber läßt die Vorschrift des § 260, I. 18 A.L.R. keinen Zweifel, wonach der Lehnsherr von seinem Rechte nur gegen denjenigen keinen Gebrauch machen kann, welcher dem Glauben des Hypothekenbuches *nach gehöriger Prüfung der darin eingetragenen und allegierten Urkunden* gefolgt ist. Nach den Bestimmungen des A.L.R. sowie nach den Grundsätzen der Hypothekenordnung ist das dingliche Recht der Agnaten am Lehngut von der Eintragung in das Grundbuch ebenso unabhängig wie das Eigentum; sie haben also auch ohne Eintragung ein wohlerworbenes Recht, dem die volle Wirksamkeit gegen Dritte nur versagt werden kann, wenn und soweit positive gesetzliche Bestimmungen dieselbe ausdrücklich beschränken. Nr. 1748.

Nr. 2068. II. Hilfs-Sen. 28. November 1881. V^{a} 443. 81. Bd. 6, Nr. 76, S. 271.

Ersitzung von Servituten gegen ein Lehngut. (Preuß. R.). Nur der besitzende Vasall ist in der Lage, die Ausübung eines Fischereirechts an dem Lehngut zu verhindern. Da er befugt ist, für seine und seiner Descendenten Besitzzeit über die

Nutzungen des Lehens rechtsverbindlich zu verfügen, so sind die Agnaten nicht berechtigt, der Ausübung der Servitut, die der Lehnsbesitzer duldet, entgegenzutreten. Die Agnaten können selbst in dem Falle, wenn der Lehnsbesitzer ihnen nachteilige Verfügungen über das Lehen in das Grundbuch hat eintragen lassen, solche erst dann anfechten, wenn die Succession des Lehens an sie gekommen ist (§§ 295, 290, 291, I. 18 A.L.R.). Aus Handlungen, denen die Agnaten nicht widersprechen konnten und die ihnen kein Klagrecht gewährten, konnte daher gegen sie ein Besitz nach § 81, I. 7 A.L.R. überhaupt nicht und nach § 516, I. 9 A.L.R. insbesondere kein Verjährungsbesitz erworben werden. Die Gesetze stellen auch als selbständige Voraussetzungen der Verjährung auf, daß sich der Erwerbende in einem unverschuldeten Irrtum (bona fides) befinden, dem Verlierenden dagegen eine Nachlässigkeit in der Wahrnehmung seiner Rechte zur Last fallen muß. An dem letzteren Erfordernis fehlt es, wenn der Agnat, der seine Rechte infolge der Verjährung verlieren soll, weder Kunde von einem dieselbe bedrohendem Besitzstande haben konnte noch imstande war, sein Recht im Wege der Klage geltend zu machen. § 512, I. 9 A.L.R. Auch in dem Geschehenlassen einer Ersitzung würde eine Verfügung im Sinne des § 288, I. 18 A.L.R. zu finden sein (§ 58, I. 4 A.L.R.). Denn unter Handlungen sind nicht bloß positive (Begehungs-), sondern auch negative (Unterlassungs-) Handlungen zu verstehen. Die Bekanntschaft mit der Lehnsqualität schließt den guten Glauben des Ersitzenden, daß ihm der Lehnsbesitzer ein Servitutrecht an dem Lehen einräumen könne, notwendig aus (§§ 582, I. 9; §§ 15 bis 19, I. 4 A.L.R.). Guter Glaube könnte nur dann vorhanden sein, wenn sich der Ersitzende auf einen von sämtlichen Agnaten eingeräumten Rechtstitel oder auf einen vor Begründung des Lehnsnexus bereits begonnenen Besitz stützte. Nach § 179, I. 7 A.L.R. spricht allerdings die Vermutung für die Rechtmäßigkeit und Redlichkeit des Besitzes. Über den Umfang dieses Besitzes besteht aber keinerlei Rechtsvermutung, namentlich nicht dahin, daß der von einem bestimmten Zeitpunkte an bewiesene Besitz schon vor diesem Zeitpunkte vorhanden gewesen und daß der äußerlich nur gegen die Lehnsbesitzer ausgeübte Besitz sich auf einen alle Lehnsagnaten bindenden Titel stütze. Vielmehr *erwirbt* der Besitzer nach §§ 665, 666, I. 9 A.L.R. das Recht durch die Vollendung der Verjährung und das Recht erstreckt sich nicht weiter als der Besitz gegangen ist. Weiter als der Besitz reichte, erstreckt sich aber auch die Vermutung der Gutgläubigkeit nicht, und wenn daher dieser Besitz sich durch Handlungen ausgedrückt hat, die lediglich gegen den Lehnsbesitzer gerichtet waren, so steht dem Erwerber auch nur die Präsumtion zur Seite, daß er des guten Glaubens gewesen sei, der Lehnsbesitzer habe ihm das betreffende Recht eingeräumt. — Weder die Lehnskonstitution vom 8. Dezember 1694 noch das in Pommern geltende Gewohnheitsrecht in Lehnssachen verhalten sich über die Berechtigung des Lehnsbesitzers, das Lehngut mit Servituten zu belasten. Die Grundsätze über die *subsidiäre* Verhaftung der Lehnsgüter für unkonsentierte Schulden des Lehnsbesitzers lassen aber wegen ihrer exceptionellen Natur überhaupt eine analoge Anwendung nicht zu. Aber selbst eine solche würde doch immer nur zu einer *subsidiären* Verhaftung des Lehnsgutes führen können, wenn der Servitutberechtigte aus dem Allodialvermögen des Lehnsbesitzers keine Entschädigung erhalten kann. — Aus den §§ 7, 8 des Gesetzes vom 11. Juli 1845 ist nicht herzuleiten, daß der Beklagte sein Recht, das durch die Verjährung gegen die Lehnsbesitzer erworbene Fischereirecht nicht anzuerkennen, dadurch verloren habe, daß er seine agnatischen Rechte nicht schon zu einer Zeit habe eintragen lassen, als die Verjährung noch nicht vollendet war. Dies trifft schon deshalb nicht zu, weil die gedachten Bestimmungen nicht von Rechten sprechen, die durch die Verjährung erworben sind, sondern von solchen, die der Lehnsbesitzer *in Verhandlungen, in die sich der dritte Erwerber mit ihm eingelassen, ausdrücklich eingeräumt hat.* Nr. 2079.

Nr. 2069. V. Sen. 16. Mai 1888. V. 67. 88. Bd. 21, Nr. 56, S. 304.

Zulässigkeit der Ersitzung von Servituten gegen ein zu einem Lehen gehöriges Grundstück. (Preuß. R.). In dem Falle Nr. 2079 ist angenommen worden, daß nach preußischem Landrechte die Ersitzung von Servituten gegen ein zu einem Familienfideikommisse gehöriges Grundstück von besonderen aus der rechtlichen Natur des Familienfideikommisses herzuleitenden Voraussetzungen, namentlich davon, daß die Besitzergreifung in besonderer Weise gegen die Fideikommißanwärter gerichtet sei, nicht abhängt. Die rechtliche Stellung des Besitzers und der Anwärter ist, von der hier nicht in Betracht kommenden jetzt wesentlich der Rechtsgeschichte angehörigen Stellung zum Lehnsherrn abgesehen, beim Lehen im wesentlichen dieselbe wie beim Familienfideikommisse; die sämtlichen für oder gegen die Zulässigkeit der Ersitzung beim Fideikommiß sprechenden allgemein rechtlichen Gesichtspunkte treffen in gleicher Weise beim Lehen zu. Wenn daher auch eine positive Vorschrift, wie sie der § 122, II. 4 A.L.R. für das Familienfideikommiß enthält, in dem das Lehnrecht behandelnden Abschnitte des Gesetzbuches (I. 18) sich nicht findet, so würde doch die Frage der Zulässigkeit der Ersitzung einzelner Rechte gegenüber dem Lehen nur dann anders zu beurteilen sein als gegenüber dem Fideikommiß, wenn die Vorschriften dieses Absatzes dazu nötigten. Das ist aber nicht der Fall. Die Vorschriften §§ 290, 291, 295, I. 18 A.L.R. lassen sich, abgesehen davon, daß sie den Kreis der Anfechtungsberechtigten auf die in das Hypothekenbuch eingetragenen Anwärter beschränken, auf die Ersitzung nicht anwenden, weil die Ersitzung keine Verfügung, insbesondere keine der Eintragung fähige Verfügung über das Lehen ist. Direkt auf die Verjährung bezügliche Vorschriften finden sich in dem Abschnitte des Landrechts „vom Lehen" (I. 18) nur in den §§ 657—669. Diese behandeln direkt nicht den zur Entscheidung stehenden Fall der Ersitzung von Servituten am Lehen; es ist auch beim Lehen so zulässig als geboten, die Servitutenersitzung ohne Rücksicht auf die speziellen Vorschriften der §§ 665 ff. I. 18 A.L.R. nach den allgemeinen Verjährungsgrundsätzen zu behandeln, und diese führen nicht dahin, daß die Servitutenersitzung gegen ein Lehnsgrundstück auszuschließen oder den Agnaten gegenüber nur unter ganz besonderen Umständen für wirksam zu erachten sei.

Nr. 2070. I. Sen. 15. Dezember 1888. I. 255. 88. Bd. 22, Nr. 67, S. 347.

Stellung der persönlichen Gläubiger eines Lehnsbesitzers bei der Umwandlung des Lehens in ein Familienfideikommiß. (Preuß. R.). Der Klaggrund beruht darin, daß die Verwandlung des Gutes in ein Fideikommiß nicht denjenigen, welche Gläubiger des Vaters des Beklagten waren, als dasselbe noch Lehnsgut und im Lehnsbesitze desselben war, und die daher gemäß den §§ 274 ff. I. 18 A.L.R. ein Recht auf Verwendung der Lehnseinkünfte zur Bezahlung der Schulden des Vaters, für welche dessen übriges Vermögen nicht zureichte, so lange hatten, als der Lehnsbesitz des Gutes in der Descendentenlinie des Vaters verblieb, mochten auch die Descendenten nicht Alloderben des Vaters geworden sein, zum Nachteil gereichen dürfe. Ist dies zutreffend und ist die Konsequenz dieser Auffassung die, daß jene Gläubiger trotz der Verwandlung des Lehens in Fideikommiß jene Rechte behalten, daß es also, obwohl das Gut Fideikommiß geworden, für die Befriedigung ihrer Gläubigerforderungen doch so anzusehen ist, als ob das Gut Lehngut geblieben wäre, so ist, sofern an sich die Vorschriften der §§ 274 ff. a. a. O. auf das fragliche Gut als Lehngut anwendbar sind, der Klaganspruch, vorbehaltlich der Erörterung, ob die geltend gemachte Forderung besteht und bereits zur Zeit bestand, als das Gut Lehngut im Lehnsbesitze des Vaters des Beklagten war, begründet. Nach den unbestrittenen Thatsachen ist als derjenige, der die Verwandlung des Gutes in ein Fideikommiß vorgenommen hat und gemäß § 9 Nr. 2 des Gesetzes betreffend die Auflösung des Lehnsverbandes der im Herzogtum Schlesien u. s. w. belegenen Lehen vom 19. Juni 1876 bereits „in die Stelle des ersten Fideikommißbesitzers eingetreten" ist, der verstorbene Vater des Beklagten gewesen, so daß

der jetzige Beklagte dessen Fideikommißfolger ist. Unstreitig lebte bei Ablauf der zwei Jahre von dem Eintritte der Wirksamkeit dieses Gesetzes der Vater des Beklagten noch. Er selbst hat noch die Wahl der Verwandlung in ein Fideikommiß bei dem zuständigen Appellationsgerichte entsprechend dem § 11 des Gesetzes erklärt, ja noch selbst eine Fideikommißurkunde (§ 14 a. a. O.) eingereicht. Auch wenn erst nach seinem Tode diejenige Fideikommißurkunde, auf Grund deren die Bestätigung der Fideikommißstiftung erfolgt ist, und zwar unter wesentlichen Abänderungen von dem Inhalte der vom Vater überreichten, vom Beklagten und einem Enkel des Verstorbenen verlautbart worden ist, so kann dies gemäß dem Sinne des Gesetzes vom 19. Juni 1876 und in Rücksicht auf die Thatsache, daß der Beklagte der Erbschaft nach seinem Vater entsagt hat, wie auf die geschäftsübliche Behandlung des Bestätigungsverfahrens seitens der Fideikommißbehörden nur dahin aufgefaßt werden, daß es sich nur nach dem Tode des Vaters um die in § 30, II. 4 A.L.R. vorgesehene Geschäftsbesorgung seitens der Vorsteher der zum Genusse der Stiftung berufenen Familie zur Perfizierung der Stiftung, die der Vater nicht hat vollenden können, also um eine Fortsetzung der vom Vater begonnenen Stiftungshandlungen, deren Vollendung aber auf den Zeitpunkt der Wahlausübung des Vaters zurückzubeziehen ist, handelt. Für den gewöhnlichen Fall der Widmung eines bisher zum freien Vermögen des Stifters gehörigen Gegenstandes zum Fideikommiß ist nach dem landrechtlichen Prinzip (§ 104, II. 4 A.L.R.) der Gläubiger des Stifters eines Familienfideikommisses, der aus dem übrigen Vermögen desselben keine Befriedigung erhält, nicht auf eine Anfechtung des Stiftungsgeschäftes noch auf eine wirksame Geltendmachung eines Widerspruches vor der Bestätigung der Stiftung gegen dieselbe angewiesen. Vielmehr behält er troß der Fideikommißstiftung seinen Anspruch auf Befriedigung aus dem Fideikommiß gewordenen Objekte. Die Schuld ist in diesem Falle Substanzschuld, nicht Revenüenschuld. Nr. 2074. Ist dagegen, wie hier, das in ein Fideikommißgut verwandelte Gut ein Lehngut und die Verwandlung entsprechend dem Gesetze vom 19. Juni 1876 auf Grund des dem Lehnsbesitzer durch dasselbe verliehene Wahlrecht erfolgt, so ist das in dem § 104, II. 4 A.L.R. für Familienfideikommisse enthaltene Prinzip, daß den persönlichen Gläubigern des Fideikommißerrichters, falls sie nicht aus dessen anderweitigem Vermögen befriedigt waren, ungeachtet der Fideikommißerrichtung ihre Rechte auf Heranziehung des Fideikommißobjektes erhalten bleiben, auf die Fideikommißerrichtung gemäß den Lehnsverbandsauflösungsgesetzen mangels einer besonderen Bestimmung in denselben entsprechend anzuwenden, und dies führt, da die betreffenden Schulden nicht Substanzschulden geworden sein können, weil der wahlberechtigte Lehnsbesitzer kein freier Stifter im Sinne des § 104 a. a. O., vielmehr nur ein umwandlungsbefähigter gebundener Besitzer des Stiftungsgutes ist, dahin, daß die Gläubiger diejenigen Rechte behalten haben, die sie hatten, nämlich die Befugnis, in subsidium von den Fideikommißfolgern des verstorbenen Schuldners, solange die Fideikommißfolge in der Descendenz desselben bleibt, aus den Einkünften des Gutes befriedigt zu werden. Die Umwandlung berührt sie nicht; diese ist eine Wandlung des inneren Verbandes in Bezug auf demnächstige weitere Verfügungsfähigkeit und Succession unter Vorbehalt der bereits bestehenden Gläubigerrechte. Für diese wird es so angesehen, als sei das Gut noch Lehngut. Die Rechte der in das Fideikommiß folgenden Descendenten des Schuldners kann es nicht verletzen, weil ihnen gegenüber das Recht der Gläubiger auf solche Befriedigung aus den Einkünften bereits erworben war und sie nur in das mit dieser Belastung behaftete Gut folgen können.

Nr. 2071. III. Sen. 16. September 1890. III. 221. 89. Bd. 26, Nr. 36, S. 196.

Haftung der Lehnsfolger für die Allodialschulden eines Ascendenten mit den Früchten des Lehens, wenn sie Seitenverwandte des Lehnsbesitzers und nicht Allodialerben jenes Ascendenten geworden sind. (Gem. R.). Nach dem Klagantrage handelt

es sich nicht allein um die Feststellung, daß der Beklagte als Verwalter im v. N.schen Konkurse seit einem bestimmten Zeitpunkte nicht berechtigt sei, die Einkünfte des v. N.schen Lehnskapitales zur Befriedigung der Gläubiger im v. N.schen Konkurse zu verwenden, sondern der Klagantrag geht auch dahin, den Beklagten zu verurteilen, dies Lehnskapital an die Klägerin (Regierung in Hannover) als Vertreterin der Lehnsherrschaft herauszugeben bezw. in die Aushändigung der hinterlegten Wertpapiere an die Klägerin zu willigen. Es handelt sich hierbei also um die Herausgabe des im Besitze des Beklagten, welcher nicht Vasall ist, befindlichen Lehens. Dem Lehnsherrn steht aber gegen den Besitzer des Lehens, welcher nicht Vasall ist, die Klage auf Herausgabe des Lehens, auch wenn dasselbe nicht heimgefallen ist, zu, weil auch während der Dauer des Lehnsverbandes der Lehnsherr gegen dritte Inhaber des Lehens, welche nicht Vasallen sind, die Rechte des Eigentümers hat. Was aber die Berechtigung des Beklagten auf die Verwendung der Früchte des fraglichen Lehnskapitales zur Befriedigung der Konkursgläubiger des Karl v. N. betrifft, so folgt aus den vom Berufungsgericht angezogenen Sätzen des Lehnrechts, daß Verfügungen des Vasallen über das Lehen für ihn und seine gesamte Descendenz bindend sind und daß im Falle der Verwirkung des Lehens durch Felonie oder Quasifelonie des Vasallen auch seine gesamte Descendenz vom Lehen ausgeschlossen wird, nicht, daß die Lehnsfolger auch die Allodialschulden ihrer Ascendenten ohne Rücksicht auf Beerbung aus den Lehnsfrüchten bezahlen müssen. Diese Verpflichtung wird vielmehr nur durch Universalsuccession begründet. Nun sind allerdings die Descendenten nach II feud. 45 nicht berechtigt, die Allodialerbschaft auszuschlagen und die Lehnserbschaft anzutreten, sondern verpflichtet, beide Successionen zusammen anzunehmen oder auszuschlagen, und hieraus folgt, daß die Descendenten als Lehnsfolger verpflichtet sind, die Allodialschulden ihrer Ascendenten mit den Lehnsfrüchten zu bezahlen, auch dann, wenn sie nicht unmittelbare Lehnsfolger dessen sind, um dessen Allodialschulden es sich handelt, da mit der Erbschaft ihres Ascendenten auch dessen Verpflichtung, die Schulden seines Ascendenten aus den Früchten des Lehens zu bezahlen, auf sie übergegangen ist. Es folgt hieraus aber nicht, daß der Descendent, welcher nicht Allodialerbe seines Lehnserblassers geworden ist, für die Allodialschulden seines Ascendenten haftet und daß diese Haftung auch in einem Falle, wie dem vorliegenden, eintrete, wo die zur Succession in das Lehen Berufenen Seitenverwandte des letzten Lehnsbesitzers sind. Denn die vorerwähnten Grundsätze finden dann nicht Anwendung, wenn die Allodial- und die Feudalerbschaft dem Descendenten nicht zugleich deferiert wird und wenn der Descendent das Lehen nicht unmittelbar durch den Tod seines Ascendenten, sondern als Seitenverwandter des letzten Lehnsbesitzers erhält. Der Agnat erwirbt das Lehen nicht als Erbe des nächsten ihm und dem letzten Lehnsbesitzer gemeinschaftlichen Ascendenten, sondern vermöge der Investitur des ersten Erwerbers und haftet für die Allodialschulden eines früheren Lehnsbesitzers nur dann, wenn er dessen Allodialerbe geworden ist. Im vorliegenden Falle sind nun zwar nach der Annahme des Berufungsgerichts Descendenten des Kridars Karl v. N. zur Nachfolge in das Lehen berufen, aber als Seitenverwandte des letzten Lehnsbesitzers Julius v. N., und sie sind weder Allodialerben des letzten Lehnsbesitzers, noch ihres Ascendenten Karl v. N. geworden, während dessen Töchter zwar die Allodialerbschaft ihres Vaters mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten haben, aber ihnen nicht die Lehnserbschaft deferiert ist, da sie durch ihren Bruder Julius von der Lehnsfolge ausgeschlossen wurden. Bei dieser Sachlage fehlt es an einem die Annahme der Haftbarkeit der zur Lehnsnachfolge Berufenen für die Schulden ihres Ascendenten Karl v. N. mit den Lehnsfrüchten rechtfertigenden Grunde. Es kann ein solcher auch nicht daraus entnommen werden, daß der frühere Lehnsbesitzer Karl v. N. seinen Gläubigern eine Generalhypothek an seinem Vermögen bestellt hat. Denn nach II. feud. 26 § 19 ergreift eine von dem Vasallen bestellte Generalhypothek an seinem Vermögen, wenn das Lehen oder die Lehnsfrüchte nicht speziell mit verpfändet sind, das Lehen nicht und

die Lehnsfrüchte nur, soweit sie Teil des Allodialvermögens des Verpfändenden geworden sind, was bezüglich der jetzt in Rede stehenden Früchte des Lehnskapitals nicht der Fall ist. Der Beklagte hat daher ein Recht auf die Verwendung der Früchte des fraglichen Lehnskapitals zu dem angegebenen Zwecke nicht, wie ihm oblag, nachgewiesen.

Nr. 2072. I. Sen. 20. Dezember 1893. I. 290. 93. Bd. 32, Nr. 67, S. 270.

Haftung des Lehnsfolgers für die Allodialschulden seines Vaters und Lehnsvorbesitzers. Lehnskompetenz. (Preuß. R.). Der Kläger ist Gläubiger einer Wechselforderung gegen den verstorbenen Vater des Beklagten, die in dessen Konkurse angemeldet und anerkannt und dadurch der kurzen Wechselverjährung entzogen war. Der Beklagte hat der Allodialerbschaft seines Vaters entsagt; der Vater besaß aber ein Rittergut, das zu einem Teile Allod, zu einem anderen Teile Lehen war. Infolge des preußischen Gesetzes vom 19. Juni 1876 hat der Vater vor seinem Tode erklärt, daß er die Umwandlung des Lehens in ein Fideikommiß wähle, und es haben demnächst der Beklagte, der die allodialen Teile des Ritterguts im Konkurse seines Vaters erstanden hatte, und ein Neffe desselben die vom Vater eingereichte Fideikommißurkunde verlautbart. Die Bestätigung ist erfolgt und der Beklagte als erster Fideikommißbesitzer des gesamten Ritterguts eingetreten. Mit Rücksicht darauf, daß durch die Fideikommißstiftung den Gläubigern diejenigen Rechte nicht haben entzogen werden können, die ihnen bezüglich des Lehnguts zustanden, hat der Kläger zunächst wegen eines Teilbetrages seiner Forderung von 2000 Mk. Befriedigung aus den von dem Beklagten gezogenen und noch zu ziehenden Früchten des Lehnguts auf Grund des § 274, I. 18 A.L.R. gefordert. Der Berufungsrichter hat den Beklagten schuldig erkannt, an den Kläger aus den Erträgnissen des früheren Lehnguts, soweit sie von ihm bezogen sind und noch bezogen werden, den Betrag von 2000 Mk. samt Zinsen zu sechs Prozent seit 20. Juli 1866 zu zahlen. Die Revision des Beklagten ist mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß dem Beklagten gegenüber dem Kläger das Recht auf eine im Zwangsvollstreckungsverfahren festzustellende Lehnskompetenz und das Recht vorbehalten bleibt, die anteilige Verrechnung der gezogenen und noch zu ziehenden Erträge des früheren Lehnguts auf seine etwaigen in einem besonderen Verfahren nachzuweisenden eigenen Forderungen an den Nachlaß seines Vaters zu beanspruchen. Nach § 274, I. 18 A.L.R. ist auch ein solcher Sohn, welcher Erbe seines Vaters nicht geworden ist, verpflichtet, die väterlichen das Lehen nicht angehenden Schulden, soweit das übrige Vermögen dazu nicht ausreicht, aus den Lehnseinkünften zu bezahlen, und kann sich durch Entsagung auf die Allodialerbschaft davon nicht losmachen. Nach § 275 a. a. O. steht es ihm bloß frei, sich des Lehens und der Allodialerbschaft zugleich zu begeben. Alsdann (§ 276 a. a. O.) müssen die Lehnseinkünfte für Rechnung der Gläubiger so lange verwaltet werden, bis diese befriedigt sind oder bis die von dem Schuldner abstammende lehnsfähige Nachkommenschaft erloschen ist (§ 277 a. a. O.). Es findet also eine Abtretung des Lehens an einen Agnaten oder Mitbelehnten oder selbst an den Lehnsherrn zum Nachteile der Gläubiger nicht statt (§ 278 a. a. O.). Auch ein vom Vater enterbter Sohn muß, wenn er zum Besitze des Lehens gelangt, aus den Einkünften die väterlichen Schulden, soweit das übrige Vermögen nicht hinreicht, berichtigen (§ 279 a. a. O.). Der Enkel oder weitere Abkömmling aber, der seinem Großvater unmittelbar im Lehen folgt, ist die Schulden des Vaters, dessen Erbschaft er entsagt hat, aus dem großväterlichen Lehen zu entrichten nicht verbunden. Der Revisionskläger hat auszuführen gesucht, daß die Klage sich als unbegründet herausstelle, insoweit der Kläger Befriedigung aus den Lehnsfrüchten fordere, soweit diese von ihm bezogen worden sind. Die Bestimmungen der §§ 343 ff. I. 18 A.L.R. bilden eine Stütze für diese Auffassung nur scheinbar. Sie beziehen sich zunächst auf diejenigen Lehensschulden, welche gegen die Seitenverwandten (die anderen Agnaten und Mitbelehnten,

wie es im Marginale zu § 288 heißt) zu verfolgen sind; und sodann sind sie gegeben, um die Beitreibung der Lehnsschulden durch Sequestration der Früchte und Nutzungen zu ordnen, wie in den vorhergehenden §§ 331 ff. die Beitreibung der Lehnsschulden durch Veräußerung der Substanz geordnet war. Ergiebt sich aus dem vorhergehenden § 274 a. a. O., daß der Sohn, weil er verpflichtet ist, die Schulden aus den Lehnseinkünften zu bezahlen, in Höhe derjenigen Lehnseinkünfte, die er gezogen hat, ohne sie zur Bezahlung von Schulden seines Vaters zu verwenden, mit seinem Allodialvermögen haftet, in das er die gezogenen Früchte verwendet hat, so bedurfte es für die Art, wie diese Haftung realisiert wird, keiner besonderen Bestimmungen. Denn solche sind in der Exekutionsordnung, jetzt in der C.P.O. gegeben. Es wird deshalb auch jene Haftung nicht dadurch wieder ausgeschlossen, daß in den §§ 343 ff. Bestimmungen über die Sequestration der noch nicht gezogenen Früchte und Nutzungen gegeben sind. Daß aber der Beklagte soweit, als er in früheren Jahren, nachdem er in den Besitz des früher lehnbaren Gutsteiles gekommen war, dadurch, daß er unbehelligt von Gläubigern seines Vaters die Früchte dieses Gutsteiles gezogen hat, bezüglich dieser gezogenen Früchte nicht frei von der Haftung geworden ist, ergiebt sich daraus, daß ihm das Gesetz die Verpflichtung auferlegt hat, aus den gesamten Früchten, die er in der Zeit seines Lehnsbesitzes zieht, jene Schulden des Vaters, die somit seine Schulden geworden sind, zu bezahlen. Von einer Schuld wird man nicht dadurch frei, daß man sie nicht bezahlt. Das ist der Unterschied der Schuld und der Haftung des redlichen Besitzers gegenüber dem Eigentumsanspruche. Für den redlichen Besitzer, der den Eigentumsanspruch nicht kennt, giebt es so lange, als dieser nicht gegen ihn erhoben ist, keine Schuld auf Herausgabe der Früchte, und darum kann von ihm gesagt werden: interim fructus suos facit. Aber der Inventarerbe ist die Schulden seines Erblassers mit der Erbschaft bezw. in deren Höhe zu bezahlen schuldig, und deshalb haftet er auch persönlich mit den von ihm aus der Erbschaft gezogenen Nutzungen. Ein Sohn, der nicht mit der Substanz des Lehens, weil diese unveräußerlich ist, für die Schulden des Vaters haftet, sondern nur mit den Früchten, muß ebenso wie der Inventarerbe mit den von ihm gezogenen Früchten, soweit diese reichen, persönlich haften. Ohne solche Haftung würde die Gesamtmasse, aus der die Gläubiger zu befriedigen sind und bis zu deren Betrage der Beklagte Schuldner ist, vermindert werden. — Da der Beklagte die Gläubiger aus den Früchten zu bezahlen hatte, so hat er wie ein Inventarerbe, gegenüber den Gläubigern, solange ein Sequester nicht bestellt ist, die Stellung eines Verwalters für fremde Rechnung. Er wird also auf Verlangen des Klägers, wenn er es nicht vorzieht, ihn wegen der eingeklagten Forderung zu befriedigen, Rechnung zu legen haben. Dabei kann er natürlich auch diejenigen Verwendungen in Rechnung stellen, die er im Interesse der von ihm verwalteten Masse gemacht hat, soweit der Kläger nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtet ist, sich solche anrechnen zu lassen. Wenn der Beklagte bereits andere Schulden seines Vaters bezahlt haben sollte, so darf er diese auf die gezogenen Früchte anrechnen. Ebenso hat er einen Anspruch darauf, daß für die Vergangenheit nach Maßgabe der §§ 354—356, I. 18 A.L.R. eine in dem etwa noch einzuleitenden Verfahren festzustellende Lehnskompetenz von den gezogenen Früchten in Abzug gebracht werde. — Der Beklagte hat behauptet, daß er bedeutende eigene Forderungen an den Nachlaß des Vaters habe. Zweifellos hat er in Beziehung auf solche dieselben Rechte wie jeder andere Gläubiger und der Kläger. Er darf neben diesem Befriedigung aus den noch zu ziehenden und Anrechnung der gezogenen Früchte auf derartige Forderungen beanspruchen. Das setzt aber eine Verifizierung der Forderungen voraus. Da der Beklagte sie in keiner Weise substanziiert hat, so war freilich der Berufungsrichter nicht in der Lage, deren Betrag schon in diesem Verfahren festzustellen. Das Urteil unterliegt deshalb auch nicht der Aufhebung. Andererseits wird der Beklagte dadurch mit seinem Rechte nicht präkludiert. Es genügt deshalb, um Mißverständnissen vorzubeugen,

ein allgemeiner Vorbehalt in der Urteilsformel. Dasselbe ist der Fall mit der Einrede der Kompetenz. Nach § 359, I. 18 A.L.R. kann der Vasall die Aussetzung der Kompetenz fordern, wenn das Lehen sequestriert ist. Daß dieselbe auch schon im voraus festgestellt werden kann, soll nicht für alle Fälle bestritten werden. Im vorliegenden Falle liegt dazu auch bezüglich der noch zu ziehenden Früchte kein Anlaß vor, da nur die Klage eines einzigen Gläubigers wegen einer relativ nicht sehr bedeutenden Summe vorliegt. Damit aber in keinem Falle zum Nachteile des Beklagten eine Präklusion eintritt, ist auch in dieser Beziehung ein Vorbehalt in die Urteilsformel aufgenommen. — Das Berufungsgericht hat mit Recht die Einreden, die der Beklagte gegen die Forderungen selbst vorgebracht hat, verworfen. Ihnen steht entgegen, daß die Forderungen gegen den Vater des Beklagten zu einer Zeit festgestellt sind, als der Beklagte noch nicht in das Lehen succediert war. Wie aber der Beklagte die Schulden des Vaters anzuerkennen hat, so wie sie der Vater kontrahiert hat, so hat er sie auch gelten zu lassen, wie sie gegen diesen festgestellt sind. Insoweit steht er einem Erben völlig gleich.

---

§ 84.

Stammgüter. Familienfideikommisse.

E.G. Art. 59—61.

Stobbe II. §§ 80, 137—140. V. §§ 320, 321. Dernburg I. §§ 182, 374—379. III. § 98 a. E.

Nr. 2073. I. Sen. 2. Juli 1881. I. 533. 81. Bd. 5, Nr. 38, S. 146.

Familienfideikommiß; Anwendung der gesetzlichen Erbfolgeordnung; Anwendung einer für den ersten Erwerber getroffenen Anordnung auf weitere Successionsfälle; Ordnung im Falle der Unausführbarkeit der Anordnungen des Stifters. (Gem. R.). Es handelt sich um ein deutschrechtliches Familienfideikommiß und von Anwendung der l. 69 § 3 Dig. de leg. II kann daher nicht die Rede sein. Käme es auf die gesetzliche Erbfolgeordnung überhaupt an, so müßte dem Berufungsgericht darin beigetreten werden, daß hierunter die in Novelle 118 vorgeschriebene zu verstehen sei, wonach in der vierten Erbklasse die Gradesnähe entscheidet. Der Stifter bezeichnet das Gut als Allodialgut. Es hätte sich mithin, wenn die Fideikommißerrichtung unterblieben wäre, nicht nach Lehnrecht, sondern nach Civilrecht vererbt. Die für allodiale Stammgüter des hohen Adels in damaliger Zeit im Jahre 1763 allerdings aufgestellte Ansicht, daß die Succession nach den Grundsätzen des Lehnrechts mit Ausnahme der auf das Verhältnis zwischen Lehnsherrn und Lehnsmann bezüglichen Regeln stattfinde, konnte in diesem Falle auf das Gut, dem die Eigenschaft eines derartigen Stammgutes nicht zukam, nicht angewendet werden. Ohnehin aber ist es unrichtig, daß nach der damals herrschenden Ansicht die reine Linealordnung als die gesetzliche Lehnfolgeordnung angesehen worden sei. Vielmehr war die gemeine Meinung für Annahme des Linealgradualsystems. Die Annahme der reinen Linealordnung für das fragliche (in Mecklenburg bestehende) Familienfideikommiß kann mithin auf die gesetzliche Erbfolgeordnung nicht gegründet werden. Es kommt aber auf diese Ordnung überhaupt nicht an. Nur in Ermangelung einer Anordnung des Stifters über die Successionsordnung ist auf die gesetzliche Erbfolgeordnung als die präsumtiv von dem Stifter gewollte zurückzugehen. Liegt dagegen eine Anordnung desselben über die Successionsordnung vor, so ist dieselbe nach den allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung der Rechtsgeschäfte zu beurteilen, und es sind Lücken in der Anordnung nicht oder wenigstens nicht zunächst vermittelst einer Rechtsvermutung, daß der Stifter die gesetzliche Erbfolgeordnung im Zweifel in dem

geringeren Umfange habe ändern wollen, sondern zunächst durch Erforschung des Willens des Stifters aus den vorliegenden Anordnungen desselben und etwa sonst sich darbietenden Umständen zu ergänzen.

Nr. 2074. IV. Sen. 7. November 1895. IV. 145. 95. Bd. 36, Nr. 74, S. 298.

Tragweite des von dem Stifter eines Familienfideikommisses in der Stiftungsurkunde gemachten Vorbehalts besonderer Bestimmungen für den Fall, daß der Stifter ohne Nachkommen versterben sollte. Substanzschulden des Fideikommisses. (Preuß. R.). Der Freiherr M. v. R. hat durch Urkunde vom 9. Mai 1857 mit seinem Rittergute B. ein Familienfideikommiß errichtet. Die Stiftungsurkunde ist am 13. Mai 1857 von der Fideikommißbehörde bestätigt und die Fideikommißeigenschaft am 15. Juli 1857 im Grundbuche des gedachten Gutes eingetragen worden. In der Stiftungsurkunde hat der Stifter angeordnet, daß die Succession in das Familienfideikommiß nach den Regeln der Primogenitur stattfinden soll. Der Stifter hat zunächst seine männliche Descendenz und nach deren Aussterben seine weibliche Descendenz zur Nachfolge berufen und weiter bestimmt: „Ich behalte mir vor, in meinem Testamente oder sonst besondere Bestimmungen über die Succession in das Fideikommiß für den Fall zu treffen, daß ich ohne alle Descendenz versterben sollte." Am 23. Oktober 1882 hat der Stifter sodann mit dem Freiherrn H. v. R. einen schriftlichen Vertrag errichtet, worin er erklärt, daß er von dem angegebenen Vorbehalt Gebrauch mache und für den Fall, daß er ohne eheliche Descendenz versterbe, den Freiherrn H. v. R. und seine männliche Descendenz und nach deren Aussterben seine weibliche Descendenz nach den Regeln der Primogenitur zu seinen Nachfolgern im Familienfideikommisse ernenne. Dieser Vertrag ist gerichtlich verlautbart und von der Fideikommißbehörde bestätigt worden. Der Freiherr M. v. R., der durch am 29. Juli und 9. November 1882 rechtskräftig gewordene Erkenntnisse verurteilt worden ist, an den jetzigen Kläger 70604 Mk. nebst Zinsen zu zahlen, ist in völligen Vermögensverfall geraten. Die seit dem Mai 1884 eingeleitete Zwangsverwaltung des Fideikommißgutes hat Überschüsse für die persönlichen und die Revenüengläubiger nicht ergeben. Der Kläger will sich nunmehr wegen seiner gedachten Forderung an die Substanz des Fideikommißgutes halten. Er stützt seinen Anspruch zunächst auf die Vorschrift des § 104, II. 4 A.L.R., die er dahin auslegt, daß alle Schulden des Stifters, die dieser bis zu seinem Tode eingehe, als Substanzschulden zu erachten seien. Sodann macht er geltend, daß in der durch den Vertrag vom 23. Oktober 1882 erfolgten Berufung des Freiherrn H. v. R. und dessen Descendenz zur Fideikommißnachfolge die Errichtung eines neuen Familienfideikommisses enthalten sei. Mit der gegen M. v. R., der ohne Nachkommenschaft ist, den H. v. R. und dessen beiden Söhne sowie gegen die unbekannten Fideikommißanwärter gerichteten Klage hat er beantragt, die Beklagten zu verurteilen, sich wegen der Forderung des Klägers von 70604 Mk. und Zinsen die Zwangsvollstreckung in die Substanz des Ritterguts B. nebst Zubehör gefallen zu lassen, eventuell alsdann, wenn und sobald der Beklagte M. v. R. ohne Descendenz verstorben sei. Das Landgericht hat auf Abweisung der Klage erkannt. Die Berufung des Klägers und demnächst die Revision sind zurückgewiesen. Der Stifter hat im Eingange der Stiftungsurkunde als Zweck der Errichtung des Familienfideikommisses angegeben, den Wohlstand s e i n e r F a m i l i e dauernd zu begründen und zu erhalten. Während das Landgericht davon ausgeht, daß der Ausdruck „Familie" nicht bloß die Descendenten des Stifters, sondern alle seine Verwandten, also die ganze „Freiherrlich R.sche Familie" bedeute, hat der Berufungsrichter diese Annahme verworfen und angenommen, daß nach dem gemeinen Sprachgebrauche und mit Rücksicht auf § 161, II. 4 A.L.R. unter „Familie" nur der vom Stifter abstammende Personenkreis zu verstehen sei, so daß Vorfahren und Seitenverwandte ausgeschlossen seien. Das Berufungsgericht führt aus, daß, wenn der gemachte Vorbehalt in der Stiftungsurkunde nicht getroffen worden wäre, das 1857 errichtete Fideikommiß beim Fehlen

jeder Nachkommenschaft des Stifters mit dessen Tode sein Ende erreicht haben würde, da weder die Stiftungsurkunde noch das Gesetz einen Anhalt dafür gewährten, wer von den Verwandten des Stifters zur Nachfolge berechtigt sei. In diesen Erwägungen ist eine Rechtsnormenverletzung nicht enthalten. Der Begriff der engeren Familie ist nach der konkreten Sachlage vom Berufungsrichter richtig beurteilt und seine Annahme, daß der Stifter, abgesehen von der vorbehaltenen Anordnung, nur seine Nachkommen berufen habe, beruht auf einer zutreffenden Auslegung des Gesamtinhalts der Stiftungsurkunde. Die hieraus gezogenen Folgerungen sind gerechtfertigt. Der Berufungsrichter geht somit davon aus, daß der Stifter bei Errichtung des Fideikommisses in erster und zweiter Linie seine Nachkommen, in dritter Linie die von ihm noch namhaft zu machende Familie im Auge gehabt habe, und prüft sodann, welche Wirkung der Fideikommißerrichtung gegenüber der Thatsache beizumessen sei, daß der Stifter keine Nachkommen habe, solche auch mit Rücksicht darauf, daß er Witwer und über 70 Jahre alt sei, nicht mehr zu erwarten wären, sowie daß die in dritter Linie bedachte Familie erst im Jahre 1882 namhaft gemacht worden sei. In dieser Beziehung wird vom Berufungsrufungsrichter ausgeführt: die gerichtlich verlautbarte und bestätigte Willenserklärung verbinde nicht nur den Stifter und diejenigen, die er zu verpflichten berechtigt sei, sondern auch jeden Dritten, der von dieser Willenserklärung Kenntnis erhalten habe (§ 17, I. 4 A.L.R.). Das Fideikommiß bestehe so lange zu Recht, als nur die Möglichkeit gegeben sei, daß noch Fideikommißrechte geltend gemacht werden könnten. Es sei daher zulässig, bei der Fideikommißerrichtung mit sofortiger Rechtswirkung einer Familie eine zweite zu substituieren und die Namhaftmachung der letzteren für eine spätere Zeit vorzubehalten. Die spätere Namhaftmachung habe alsdann nur die Bedeutung des bei Errichtung der Stiftung vorhanden gewesenen Willens und es leite die später ernannte Familie ihre Rechte nicht von dieser Kundgebung, sondern von dem Stiftungswillen her, sodaß also das in der Stiftung liegende Veräußerungsverbot mit der Errichtung des Fideikommisses wirksam werde und so lange wirksam bleibe, als die Möglichkeit bestehe, daß der Stiftungswille nach Maßgabe der Stiftungsurkunde verkündet werden könne. In einem Falle, wie dem hier vorliegenden, müsse die Vorschrift des § 104, II. 4 A.L.R. dahin verstanden werden, daß nur die zur Zeit der Errichtung des Fideikommisses bereits vorhandenen Schulden als Substanzschulden zu erachten seien. Die Revision erhebt gegen diese Erwägungen den Vorwurf, daß der Berufungsrichter dem Vorbehalte in der Stiftungsurkunde eine ihm nicht zukommende rechtliche Bedeutung zugelegt habe. Die Angriffe der Revision sind aber nicht begründet. Die Zulässigkeit der Gründung eines Familienfideikommisses, das schon bei Lebzeiten des Stifters in Wirksamkeit treten soll, unterliegt nach den Vorschriften des A.L.R. keinem Bedenken. Dergleichen Fideikommisse können durch einseitige Verfügung unter Lebendigen errichtet werden, und es sind die Stiftungsurkunden vor dem Fideikommißrichter des Stifters zu verlautbaren und von ihm zu bestätigen (§§ 28 ff. II. 4 A.L.R. §§ 1—9 des Gesetzes vom 5. März 1855). Mit der richterlichen Bestätigung hat der Errichtungsakt seine Endschaft erreicht und es ist damit das Familienfideikommiß zum definitiven Abschlusse gelangt. Die Gültigkeit des von dem Freiherrn M. v. R. errichteten Fideikommisses trat also mit der am 13. Mai 1857 erfolgten Bestätigung der Stiftungsurkunde ein unabhängig davon, ob damals bereits eheliche Descendenz des Stifters vorhanden war oder nicht. Weiter kann es auch nicht bezweifelt werden, daß der Stifter befugt ist, in der Stiftungsurkunde für den Fall, daß die zur Nachfolge berufene Descendenz aussterben oder daß er selbst keine Descendenz hinterlassen sollte, anderweitige Verfügung zu treffen bezw. sich eine solche über die alsdann eintretende Succession vorzubehalten. Die später abgegebene Willenserklärung muß jedoch wiederum gerichtlich verlautbart und bestätigt werden. Das somit gültig errichtete Fideikommiß des Stifters M. v. R., der unstreitig zugleich der erste Fideikommißbesitzer ist, blieb also bis zum Tode des Stifters in Wirksamkeit und würde mit dem Tode

des Stifters erloschen sein, wenn der erwähnte Vorbehalt der Stiftungsurkunde nicht getroffen worden wäre. Diesem Vorbehalte hat der Berufungsrichter mit Recht die Bedeutung beigelegt, daß daraus auf den Willen des Stifters bei Errichtung des Fideikommisses zu schließen ist. Die Feststellung, daß der Stifter bei Errichtung der Stiftungsurkunde die Absicht gehabt habe, das Fideikommiß auch für den Fall aufrecht zu erhalten, wenn er ohne Descendenz versterben sollte, verletzt weder die §§ 139, 189, II. 4 A.L.R. noch widerspricht sie dem klaren Inhalt und Wortlaut der Stiftungsurkunde. Solange der Stifter lebte, war er befugt, von dem Vorbehalte der Änderung der Succession Gebrauch zu machen, und erst mit seinem Tode und sofern er bis dahin keine anderen Bestimmungen getroffen hatte, erlosch das Fideikommiß. Hätte der Stifter den Vorbehalt in der Weise gefaßt, daß er beim Mangel eigener Descendenz eine später von ihm noch namhaft zu machende Familie zur Succession berief, so würde die Gültigkeit einer solchen Bestimmung unbedenklich gewesen sein; die gewählte Ausdrucksform steht aber jener Fassung in ihrer Bedeutung gleich und ist ebenso wirksam und zulässig. Der Berufungsrichter hat hiernach mit Recht angenommen, daß der gerichtlich verlautbarte und bestätigte Vertrag vom 23. Oktober 1882 lediglich in Ausübung des in der Stiftungsurkunde gemachten Vorbehaltes errichtet worden ist, daß beide Willenserklärungen, Stiftungsurkunde und Vertrag, als ein zusammengehöriger Willensakt des Stifters zu beurteilen sind und daß die in dem Vertrage abgegebene Willenserklärung des Stifters sich auf die Stiftungsurkunde zur Zeit ihrer Errichtung und Bestätigung zurückbezieht und mit ihr wirksam geworden ist. Damit wird aber die Ausführung der Revision hinfällig, daß der Stifter durch den gedachten Vertrag sich des wieder erlangten freien Eigentums zu Gunsten des H. v. R. und dessen Descendenz entäußert und durch den Vertrag ein neues Fideikommiß errichtet habe. Der Berufungsrichter hat der Vorschrift des § 104, II. 4 A.L.R. die Bedeutung beigelegt, daß bei einer Stiftung, wodurch, wie hier, der Stifter selbst der erste Fideikommißbesitzer wird, zu den auf das Fideikommiß übergehenden dessen Substanz belastenden Schulden nur diejenigen gehören, die der Stifter *bis zur Errichtung* des Fideikommisses gemacht hat und die aus seinem übrigen Vermögen nicht bezahlt werden können. Dieser rechtlichen Beurteilung ist beizutreten, und sie kann auch als die allgemein herrschende Meinung bezeichnet werden. Nr. 2070. Die Bestimmung des § 104 a. a. O. bezieht sich auf alle Schulden, die der Stifter zur Zeit der Errichtung des Fideikommisses gehabt hat, und sie beruht auf der Erwägung, daß der Stifter nicht zum Nachteil seiner bereits vorhandenen Gläubiger ein bisher dem freien Verkehr unterworfenes Vermögen in ein Fideikommiß verwandeln und damit jenen Gläubigern ein Befriedigungsobjekt entziehen darf. Hatte der Stifter bei Errichtung des Fideikommisses keine Schulden, so übertrug er durch die Errichtung seiner Familie das Obereigentum an allen zur Fideikommiß bestimmten Vermögensstücken. Er kann also nicht befugt sein, das seiner Familie bereits vollständig übertragene Recht ihr ganz oder teilweise wieder zu entziehen. Hiernach muß der erwähnte rechtliche Gedanke, der den Worten des § 104 „bei dessen Errichtung" zu Grunde liegt, auch auf den nachfolgenden Satz „oder die aus seinem übrigen Vermögen nicht bezahlt werden können" bezogen werden, und es ist der Sinn des § 104 dahin festzustellen, daß außer denjenigen Schulden, mit denen der Stifter selbst das Fideikommiß bei dessen Errichtung belastet hat, nur diejenigen Schulden desselben die Substanz des Fideikommisses angehen, die er bei dessen Errichtung schon hatte und die aus seinem übrigen Vermögen nicht bezahlt werden können. Das wird auch durch das in § 104 gebrauchte Wort „ursprüngliche" bestätigt, das darauf hindeutet, daß das Gesetz überhaupt nur solche Schulden gemeint hat, deren Ursprung noch in der Zeit vor Errichtung des Fideikommisses liegt. Die zum Teil entgegenstehende Auffassung von Koch in seinem Kommentar zum A.L.R. beruht auf der Auffassung, daß das Fideikommiß erst mit dem Eintritt des ersten Successionsfalles ins Leben trete, während im vorliegenden Falle der Stifter selbst der erste Fideikommißbesitzer geworden ist.

Nr. 2075. IV. Sen. 8. Dezember 1884. IV. 225. 84. Bd. 13, Nr. 53, S. 225.

Gültigkeit einer bei der Errichtung eines Familienfideikommisses für den Fall des Aussterbens des zur Succession berufenen Mannsstammes getroffenen Bestimmung. (Preuß. R.). In dem wechselseitigen Testamente der Eheleute K. war das der Ehefrau gehörige Rittergut zum Familienfideikommiß bestimmt und für den Fall des Aussterbens ihrer zur Succession berufenen männlichen Nachkommenschaft angeordnet, daß der Gegenstand des Fideikommisses auf die Nachkommenschaft aller Töchter der Ehefrau K. nach Köpfen vererbt werden solle. Nach dem Tode des Ehemannes K. hatte die Witwe unter Zuziehung der Erben des Ersteren durch einen Akt unter Lebenden das Familienfideikommiß errichtet und in der behufs der Errichtung aufgenommenen Urkunde vom Jahre 1845 festgesetzt, daß für den Fall des Aussterbens der zur Succession berufenen männlichen Nachkommenschaft der Gegenstand des Fideikommisses auf die Abkömmlinge ihrer Töchter und die weiblichen Abkömmlinge ihrer Söhne übergehen und nach Stämmen geteilt werden solle. Diese Bestimmung wurde in die Errichtungsurkunde selbst aufgenommen. Das Familienfideikommiß trat in Kraft. Die männliche Nachkommenschaft starb in der Folge aus. In dem unter den Nachkommen der Töchter der Ehefrau K. und den weiblichen Nachkommen der Söhne über die Verteilung des Gegenstandes des Fideikommisses entstandenen Rechtsstreite wurde die Rechtsgültigkeit der von der Ehefrau K. bei Errichtung des Fideikommisses für den Fall des Aussterbens der männlichen Nachkommenschaft getroffenen Bestimmung bestritten. Das Reichsgericht erachtete die Anordnung für rechtswirksam. Die von der Ehefrau K. in der Urkunde von 1845 angeordnete Succession kann zwar nicht mehr unter den Begriff einer Succession in das Familienfideikommiß gebracht werden. Die Anordnung ist vielmehr gerade für den Fall des Aufhörens des Familienfideikommisses infolge des Aussterbens des zur Succession in dasselbe allein berufenen Mannsstammes getroffen und soll mit diesem Aufhören ihre Wirkungen äußern. Sie stellt sich als eine zwar über den Begriff des eigentlichen Familienfideikommisses hinausgehende, aber immerhin fideikommissarische Belastung des letzten Fideikommißbesitzers dar, auf Grund deren der bisherige Gegenstand des Familienfideikommisses in der Hand des letzten Besitzers nicht freies Eigentum werden, sondern eine anderweite letzte Bestimmung nach dem Willen des Stifters erhalten soll. Die Befugnis zu einer derartigen Verfügung über den Gegenstand des Fideikommisses ist aber dem Stifter nicht abzusprechen. Es ist auch weder in positiven gesetzlichen Bestimmnngen noch im Wesen des Familienfideikommisses die Nötigung zu finden, eine solche Verfügung der Form nach anders zu behandeln als die Stiftung selbst, ihr also Rechtswirkungen nur beizulegen, wenn sie als letztwillige Verfügung des Stifters bestehen kann, sie aber nicht gelten zu lassen, wenn die Familienfideikommißstiftung in der Form eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden erfolgt. Vergl. § 139, II. 4 A.L.R.

Nr. 2076. IV. Sen. 28. Februar 1881. IV. 558. 80. Bd. 4, Nr. 69, S. 248.

Übergang des nutzbaren Eigentums auf den Fideikommißnachfolger. (Preuß. R.). Nur bei freiwilligen Veräußerungen seitens des eingetragenen Eigentümers an einen Anderen wird der Eigentumserwerb durch Auflassung und Eintragung bedingt (§§ 1—3 des E.E.G. vom 5. Mai 1872). Außerhalb einer freiwilligen Veräußerung wird das Grundeigentum nach dem bisher geltenden Rechte erworben (§ 5 a. a. O.) Beim Fideikommiß geht also das nutzbare Eigentum durch den Tod des Fideikommißinhabers auf den Fideikommißnachfolger über (§ 206, II. 4 A.L.R.).

Nr. 2077. V. Sen. 17. Juni 1891. V. 71. 91. Bd. 28, Nr. 51, S. 225.

Klagerecht des im Grundbuche als Eigentümer eingetragenen Fideikommißbesitzers. §§ 117, 119, II. 4 A.L.R., §§ 30, 31, I. 1 A.G.O., §§ 1, 5, 7 E.E.G. vom 5. Mai 1872. (Preuß. R.). Nach § 7 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 hat derjenige die Klagerechte des Eigentümers, der als solcher im Grundbuche eingetragen ist. Der

Kläger ist als Eigentümer des Rittergutes S. in der I. Abteilung des Grundbuches eingetragen. Diese Eintragung entspricht dem geltenden Rechte, wonach bei geteiltem Eigentume der nutzbare Eigentümer in der für die Eigentumseintragungen bestimmten Abteilung I des Grundbuches eingetragen wird, während die Rechte der Familie als der Obereigentümerin bei Familienfideikommissen durch die Eintragung der Fideikommißeigenschaft des Grundstückes und der Rechte der Anwärter in der II. Abteilung zu wahren sind (§§ 52, 74, 10 der Grundbuchordnung). Die Beantwortung der weiteren Frage, ob der Kläger die ihm als eingetragenen Eigentümer zustehenden Rechte selbständig als Partei im Prozesse geltend machen kann oder ob es dazu der Zuziehung anderer Personen bedarf, ist nicht aus § 7 a. a. O., sondern aus den Bestimmungen des neben den Grundbuchgesetzen geltenden Rechts zu entnehmen. Bezüglich der Prozesse, die die Substanz eines Familienfideikommisses betreffen, wird in den §§ 117—119, II. 4 A.L.R. allerdings bestimmt, daß der jedesmalige Besitzer des Fideikommisses zwar die Rechte der Familie wahrnehmen, aber die nächsten Anwärter zuziehen oder Vollmacht von ihnen beibringen soll. Das Berufungsgericht schließt sich jedoch der Judikatur des vormaligen preußischen Obertribunals an, das den jedesmaligen Fideikommißbesitzer zur Prozeßführung über die Substanz auch ohne Zuziehung der nächsten Anwärter für aktiv und passiv legitimiert ansah, den ergehenden Entscheidungen aber dann Wirkung gegen die Familie versagte. Diese Praxis entspricht den Bestimmungen der §§ 30, 31, I. 1 A.G.O. Daran ist durch die deutsche Civilprozeßordnung nichts geändert. Die §§ 50 ff. C.P.O. verweisen, sofern sie in Betracht kommen, auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Das Berufungsgericht erachtet zur Begründung der Eigentumsklage des Klägers für ausreichend, daß der Kläger nach dem Inkrafttreten der Grundbuchgesetze von 1872 das Eigentum am Rittergute S. als Fideikommißfolger erworben hat und als dessen Eigentümer im Grundbuche eingetragen ist sowie daß zur Zeit seiner Eintragung das Grundbuch auf das Kataster zurückgeführt war und daß in den als Bestandteilen des Gutes eingetragenen Flächen die hier streitigen Strandkaten und Wiesen enthalten sind. Unleugbar ist es folgerichtig, daß in den Fällen der freiwilligen Veräußerung, in denen der Erwerb des Eigentums an einem Grundstücke durch Auflassung und Eintragung erfolgt (§ 1 E.E.G. vom 5. Mai 1872) zum Nachweise des Eigentums die Berufung auf die Eintragung als Eigentümer im Grundbuche genügt. Andererseits läßt sich nicht verkennen, daß es konsequent sein würde, außerhalb der Fälle der freiwilligen Veräußerung, wo das Eigentum nicht durch Eintragung im Grundbuche, sondern nach dem bisherigen Rechte erworben wird (§ 5 E.E.G.) den Nachweis des Eigentumserwerbes nach dem bisherigen Rechte zu fordern. Gleichwohl zieht das Eigentumserwerbsgesetz die Konsequenz nicht, indem es, um nach Möglichkeit die Duplizität des Eigentums zu verhüten, im § 7 den eingetragenen Eigentümer ohne Unterschied, ob er das Eigentum nach dem Inkrafttreten der Grundbuchgesetze durch Eintragung oder nach dem bisherigen Rechte erworben hat, kraft seiner Eintragung für befugt erklärt, alle Klagrechte des Eigentümers auszuüben. Dies hat auch in der Absicht der gesetzgebenden Faktoren gelegen. In dem Urteile im Falle Nr. 1751 ist in Übereinstimmung hiermit ausgesprochen, daß die Klagbefugnis des Eigentümers nach § 7 des E.E.G. in jedem Falle, möge der Eigentumserwerb gemäß § 1 oder gemäß § 5 erfolgt sein, schon an die bloße Eintragung geknüpft ist, und ausdrücklich die Ansicht abgewiesen, daß der § 7 nur auf die nach vorgängiger Auflassung erfolgte Eintragung zu beziehen sei. Ebenso besteht in der Litteratur hierüber keine Meinungsverschiedenheit. Was bezüglich des ganzen Grundstücks gilt, muß auch bezüglich aller seiner einzelnen Bestandteile gelten, die das Grundbuch als solche, sei es durch Aufführung der einzelnen Parzellen oder durch Angabe der die einzelnen Teile umfassenden Gesamtfläche nachweist. Auch bei der Vindikation einzelner Bestandteile kann es keinen Unterschied machen, ob der Erwerb des sie enthaltenden Gutes auf Auflassung und Eintragung beruht oder außerhalb der Fälle der freiwilligen Veräußerung erfolgt ist. Der Kläger darf sich in

beiden Fällen zum Nachweise seines Eigentums an den Parzellen auf sein Eingetragensein im Grundbuche berufen und hat nicht nötig, die Zugehörigkeit der Parzellen zum Gute oder gar deren Erwerb besonders nachzuweisen. Dies entspricht auch dem im Falle Nr. 2090 ausgesprochenen Satze, daß das, was als Eigentum eingetragen, nur nach den die Eigentumseintragung selbst beherrschenden Gesetzen zu beurteilen ist. Als der Kläger im Jahre 1882 das Eigentum des Ritterguts S. als Fideikommißfolger erwarb und als dessen Eigentümer eingetragen wurde, war das Gut bereits im Jahre 1879, also unter der Herrschaft der Grundbuchgesetze von 1872, im Grundbuche gemäß § 4 der Grundbuchordnung auf das Kataster zurückgeführt und dadurch in seinem katastermäßigen Bestande festgestellt. Wurde nun auch durch die Berichtigung des Grundbuches nach den Steuerbüchern allein der bisherige Umfang des Grundstückes gewiß nicht erweitert, so trat doch die Folge ein, daß bei späterer Veräußerung des Grundstückes, mangels anderweiter Begrenzung des Umfanges des letzteren, sein durch das Grundbuch nachgewiesener Bestand als richtig, als thatsächlich vorhanden galt, und daß infolgedessen der Erwerber zur Eigentumsklage bezüglich des Grundstückes mit allen sich aus dem Grundbuche bezw. den darin in Bezug genommenen Steuerbüchern ergebenden Bestandteilen legitimiert wurde. Die in einem früheren Urteil ausgesprochene hiervon abweichende Ansicht giebt der erkennende Senat bei erneuter Prüfung auf. Ein Bedenken kann nicht daraus entnommen werden, daß bei einem Familienfideikommiß das Obereigentum der Familie zusteht, und daß sich deshalb durch die Nachfolge kein Eigentumswechsel vollziehe. Der Übergang des Eigentums auf den Fideikommißfolger stellt einen Erwerb außerhalb der Fälle der freiwilligen Veräußerung dar und wird als solcher behandelt, indem der Fideikommißfolger im Grundbuche als Eigentümer an Stelle des bisherigen eingetragen wird. Ein Eigentumswechsel tritt also auch bei der Nachfolge in das Fideikommißgut ein. Ist der Fideikommißbesitzer im Grundbuche als Eigentümer eingetragen, so gilt er gegenüber Dritten als der wahre Eigentümer des Fideikommißguts in allen seinen Bestandteilen. Deshalb muß ihm gegenüber auch der vollständige Besitzer weichen (§ 175, I. 7 A.L.R.), und diesem liegt bei eintretendem Konflikte der Nachweis ob, daß der eingetragene Eigentümer nicht oder nicht mehr der wahre Eigentümer sei, um sein Recht aus dem vollständigen Besitze geltend zu machen. Dadurch, daß der eingetragene Eigentümer nach § 7 des E.E.G. des Nachweises seines Eigentumserwerbes am Grundstücke oder an dessen einzelnen sich aus dem Grundbuche ergebenden Teilen zur Klagbegründung überhoben ist, wird keineswegs der Unterschied zwischen der Eintragung des Eigentumserwerbes auf Grund einer Auflassung und der Eintragung des außerhalb der Fälle der freiwilligen Veräußerung erfolgten Eigentumserwerbes verwischt. Während die erstere rechtserzeugende Kraft hat, so daß der als Eigentümer Eingetragene das Eigentum an dem Grundstücke erwirbt ohne Rücksicht darauf, ob der Veräußerer Eigentümer war, und unter Vernichtung des etwa außerhalb des Grundstücks bestehenden Eigentums eines Dritten, wird in den Fällen der letzteren Art durch die Eintragung der Eigentumserwerb, der sich außerhalb des Grundbuches vollzogen hat, nur beurkundet; der eingetragene Eigentümer ist Eigentümer nur in dem Umfange, wie es sein Rechtsvorgänger war, der bisherige Eigentümer verliert sein Eigentum durch die Eintragung des Anderen nicht. Gegen die Klage des eingetragenen Eigentümers, dessen Erwerb auf § 5 E.E.G. beruht, hat deshalb der Beklagte nur nachzuweisen, daß der Kläger Eigentümer nicht geworden ist, weil sein Rechtsvorgänger nicht Eigentümer war, oder daß er, der Beklagte, das Eigentum erworben hat; dagegen kann die Klage des auf Grund einer Auflassung Eingetragenen nur durch Anfechtung der Auflassung beseitigt werden. Diesen Unterschied, der übrigens die Bedeutung des § 7 E.E.G. nicht berührt, läßt auch das Berufungsgericht nicht unbeachtet; denn es hat die Beklagten ohne Weiteres zu dem Nachweise verstattet, daß sie das Eigentum derjenigen Parzellen, als deren Eigentümer der Kläger auf Grund der Fideikommißfolge eingetragen ist, durch Ersitzung erworben haben.

Nr. 2078. III. Sen. 4. Februar 1890. III. 105. 89. Bd. 26, Nr. 26, S. 135.

Standesherrliche Familienfideikommisse. Autonomie standesherrlicher Familien. (Gem. R.). Die Aufnahme des Rechtsstreites (Fall Nr. 2826) durch den jetzigen Kläger als angeblichen Fideikommißfolger unterliegt nach § 217 C.P.O. keinem Bedenken. Unter „Rechtsnachfolger" versteht das Gesetz hier nicht bloß Universalsuccessoren, sondern auch Singularsuccessoren, welche von Todes wegen in das Recht und die Pflicht des Vorgängers eintreten. Eine Beschränkung auf gewisse Arten der Sonderrechtsnachfolge, insbesondere ein Ausschluß der Fideikommißfolge ist nicht gerechtfertigt. Die Nachfolge in deutschrechtliche Familienfideikommisse begründet weder eine Singular- noch eine Universalsuccession im römischrechtlichen Sinne, sondern eine eigentümlich geartete Nachfolge in einen Komplex von Rechten und Verbindlichkeiten; sie ist in gewisser Hinsicht eine Universalnachfolge, sobald nämlich ein ganzes Vermögen, und in gewisser Hinsicht eine Sondernachfolge, wenn ein einzelnes Vermögensstück den Gegenstand des Fideikommisses und damit der Succession bildet. Gleichwie der Ausdruck „Rechtsnachfolger" in § 217 C.P.O. die Succession nicht bloß in das Recht, sondern auch in die Verpflichtung umfaßt und weiter nicht allein die Succession im eigentlichen Sinne, sondern zugleich die sogen. konstitutive Nachfolge in sich begreift (Nr. 3390), wird man darunter in ähnlicher Weise sowohl die unmittelbare wie die mittelbare Succession in das streitige Rechtsverhältnis verstehen müssen. Nr. 3146. Nr. 3148. Verfolgt, wie im vorliegenden Falle, der Fideikommißanwärter einen Anspruch an das Fideikommißobjekt, der nicht gänzlich unabhängig von der Person und dem Rechte des unmittelbaren Vorgängers und Rechtsnachfolgers im Fideikommisse besteht und bestehen kann, so bindet das gegen den Ersteren erlassene Urteil auch den Reassumenten. Wird entschieden, daß zwar an sich ein fideikommissarischer Anspruch des früheren Klägers an die streitige Rente bestanden habe, das ursprüngliche Familienfideikommiß aber durch den Rechtsvorgänger mit Einwilligung sämtlicher Agnaten rechtsgültig habe aufgehoben oder abgeändert werden können, so wirkt das ergangene Urteil für alle Zeit gegen alle Anwärter aus dem Zweige der betreffenden Linie. Anders, sobald die Klage nur aus einem der Person des früheren Klägers entnommenen Grunde, mit Rücksicht auf den persönlichen Verzicht desselben oder seines Erblassers abgewiesen wird; in diesem Falle schließt die Rechtskraft des ergehenden Urteils die spätere Klage des Fideikommißnachfolgers nicht aus. Alles dies soll und kann doch nur im Prozesse selbst zum Austrage kommen, der nach erfolgter freiwilliger Aufnahme durch den jetzigen Kläger seinen Fortgang genommen hat. Mit Recht hat das Oberlandesgericht angenommen, daß die erhobene Klage als fideikommissarische Revokatorienklage im Gewande einer Feststellungsklage erscheint. Daß dieselbe nicht sowohl gegen einen Dritten als vielmehr gegen einen eventuell successionsberechtigten Agnaten angestellt ist, ändert an der Natur des Klagrechts nichts, und ebenso ist es unerheblich, daß der Streit sich lediglich um das bessere Recht auf den Bezug der streitigen Rente dreht. Denn der Nachweis, daß er im Verhältnisse zum Beklagten der Besserberechtigte sei, gehört zur Aktivlegitimation des Klägers zur Sache. Es genügt mithin nicht, wenn derselbe nur darthut, daß der Gegner nicht bezugsberechtigt sei. Das folgt teils aus allgemeinen Grundsätzen teils aus dem Umstande, daß sich der Beklagte im Quasibesitze der Rente befindet, einem Besitze, der auch nicht durch die Protesterhebung des Klägers gegen die Auszahlung der Rente und die darauf hin erfolgte vorläufige Einstellung der Leistungen aufgehoben worden ist. Grundlos ist die Behauptung des Klägers, daß ein derartiger Rechtsbesitz nur bei Renten, die auf Grund und Boden radiziert sind, zugelassen werde; er ist auch bei wiederkehrenden Renten ohne reale Unterlage anzuerkennen, sobald solche, wie hier, die Merkmale der Dauer an sich tragen und mögliche Gegenstände eines Fideikommisses sein können. Die Klage auf Anerkennung der ausschliesslichen Berechtigung des Klägers zum Bezuge der streitigen Rente stützt sich auf folgende Behauptungen: Als Surrogat für die durch den Reichsdeputationshaupt-

schluß vom 25. Februar 1803 verlorenen linksrheinischen Besitzungen des gräflichen Hauses Neu-L. W. werde die Rente nach den im Hause L. W. jüngere Linie zur Zeit des Verlustes der Grafschaft geltenden Familiensuccessionsrechten, eventuell nach dem dort damals geltenden gemeinen deutschen Privatrecht vererbt; demnach sei derjenige bezugsberechtigt, welcher regierender Graf von L. W. jüngere Linie in seinem Anteil an der Grafschaft L. sein würde, wenn dieser Anteil nicht im Jahre 1801 an Frankreich verloren gegangen wäre. Durch verschiedene Hausverträge, insbesondere die Grünstädter Verträge vom 20. Juni und 2. Dezember 1757 seien nun die Besitzungen jener Linie Familienfideikommiß geworden und nach den Grundsätzen der Primogenitur mit Ausschluß der Weiber vererblich gewesen. Gemäß dieser, übrigens auch auf Familienobservanz beruhenden, Erbfolge sei der Kläger der einzig Berechtigte zum Rentenbezuge, wie aus dem vorgelegten Stammbaum erhelle. Daß die linksrheinischen Besitzungen des gräflichen Hauses L. W. mit einem fideikommissarischen Verbande belastet waren, ist nicht bestritten, wohl aber, daß eine Übertragung dieses Verbandes auf die dafür eingetauschten Surrogate stattgefunden habe. Das Letztere ist eine Voraussetzung des Klagerechts. Fällt sie weg, so war die streitige Rente, da weder eine Erstreckung der älteren L.schen Hausgesetze auf neue Erwerbungen behauptet noch die Inkorporation der Entschädigungsobjekte in das rechtsrheinische L. W.sche Familienfideikommiß festgestellt werden konnte, freies Eigentum in der Hand des ersten Inhabers und ging als solches auf dessen Rechtsnachfolger über. Denn davon kann keine Rede sein, daß die Rente durch Art. 14° Nr. 2 der deutschen Bundesakte vom 8. Juni 1815 selbst dann die Eigenschaft eines Fideikommisses erlangt habe, wenn der § 45 des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 die Übertragung nicht angeordnet hätte. Die deutsche Bundesakte hat nicht solche Hausgesetze wieder ins Leben gerufen und rufen wollen, welche schon nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung nicht mehr bestanden, als die ehemaligen Reichsstände das Schicksal der Mediatisierung durch die Rheinbundsakte vom 12. Juli 1806 traf, wie sie denn auch diejenigen Familienfideikommisse nicht in den vorigen Stand setzte, welche in den durch den Luneviller Frieden von 1801 an Frankreich abgetretenen in den Jahren 1814 und 1815 von Deutschland zurückerworbenen linksrheinischen Gebietsteilen infolge der französischen Gesetzgebung untergegangen waren. Dagegen ist durch § 45 des Reichsdeputationshauptschlusses der allgemeine staatsrechtliche Grundsatz zur Anerkennung gelangt, daß agnatische Rechte an landesherrlichen Besitzungen bei Veräußerungen der letzteren regelmäßig von selbst auf die Surrogate, die Gegenleistung oder die dafür eingetauschten Objekte übertragen werden. Gegen die Anwendung dieses Satzes auf den vorliegenden Fall kann nicht geltend gemacht werden, daß die Fideikommißeigenschaft der linksrheinischen Besitzungen des gräflichen Hauses L. bereits vor Erlaß des Reichsdeputationshauptschlusses durch die französische Gesetzgebung aufgehoben worden und nicht mehr bestehende Successionsrechte keiner Übertragung fähig seien. Denn die endgültige Vernichtung der Ansprüche des Deutschen Reiches und der durch dieses vertretenen Erbfürsten erfolgte erst durch den Frieden von Luneville vom 9. Februar 1801 und in diesem ist durch Art. VII. den Erbfürsten eine noch zu ermittelnde Entschädigung auf dem rechten Rheinufer ausdrücklich in Aussicht gestellt worden. Wenn daher diese Schadloshaltung im Reichsdeputationshauptschusse ausgemittelt und dabei festgesetzt wurde, daß Familiensuccessionsrechte von ausgetauschten Besitzungen auf die Surrogate übergehen sollten, so ergiebt sich daraus notwendig, daß, wenn und insoweit die eventuellen Ansprüche von Agnaten überhaupt unter § 45 a. a. O. begriffen sind, die Übertragung dieser Ansprüche auf die Entschädigungssubjekte rechtlich zulässig und selbstverständlich war. Aber auch die Beschränkung des § 45 auf die verlorene Landeshoheit ist nicht gerechtfertigt, wie aus dessen Entstehungsgeschichte klar hervorgeht. Danach handelte es sich bei der in Rede stehenden Bestimmung des Reichsdeputationshauptschlusses um die Successionsrechte der Agnaten der erblichen Reichsstände, welche als eventuelle reale Ansprüche auf den ab-

getretenen Territorien lasteten, vorausgesetzt, daß diese Rechte auf Familienverträge, Hausgesetze oder ähnliche Rechtstitel sich gründeten, in diesem Falle aber ohne Unterschied, welcher Art das durch den Luneviller Frieden an Frankreich abgetretene Besitztum und das dafür eingetauschte Surrogat war. Nun sind die gräflichen Häuser L. W. gerade für den Verlust ihrer linksrheinischen Besitzungen und der damit verbundenen Einkünfte, nicht aber etwa wegen bloßer Ansprüche (Anwartschaften u. dergl.), die ihnen selber an solchen Besitzungen zustanden, entschädigt worden; sie haben nach § 20 des Deputationsrezesses rechtsrheinische Landesteile und Rentenanweisungen auf den Rheinoktroi als Surrogat empfangen. Während dem Grafen von Neu-L. W. eine reichsunmittelbare Abtei und die hier streitige Rente von 6000 Gulden überwiesen wurde, erhielt der Graf von Alt-L. W. eine andere Abtei mit der Landeshoheit sowie eine Rente von 3000 Gulden. Es ist also zu Gunsten der älteren Linie ein reichsunmittelbares Gebiet über einen bestimmt abgegrenzten Bezirk eines anderen Staatsgebietes durch den Reichsdeputationshauptschluß sogar neu geschaffen worden. Weshalb auf diese Entschädigungslande die agnatischen Ansprüche an die linksrheinischen Besitzungen nicht übertragen worden sein sollten, ist ebensowenig erfindlich, wie ein zureichender Grund mangelt, die Rentenbezüge auszunehmen. Daß die Grafen von L. W. durch die Rheinbundsakte von 1806 mediatisiert worden sind, mithin eine staatsrechtliche Succession in deren Besitzungen jetzt nicht mehr stattfindet, vermag an der Auslegung und Anwendung des § 45 des Reichsdeputationshauptschlusses nichts zu ändern. Es bewirkte dies nur, daß die Nachfolge in die Landeshoheit und in den mit dieser verbundenen Besitz an Domänen und Gefällen sich in eine Nachfolge in die Standesherrschaft und das damit im Zusammenhange stehende standesherrliche Patrimonial- und Privateigentum verwandelte. Hiernach ist die Klage an sich begründet. Das Berufungsgericht hat dieselbe mit Rücksicht auf das Einredevorbringen des Beklagten abgewiesen. Es geht vor Allem davon aus, daß die streitige Rente den Gesetzen der Standesherrschaft W. Sch. unterworfen gewesen sei und durch die Einführung des code Napoléon in dem vormaligen Großherzogtum Berg ihre Fideikommißeigenschaft verloren, solche auch durch Art. 14 der deutschen Bundesakte nicht wieder erlangt habe. Die Revision rügt Verletzung der Rechtsgrundsätze über die örtliche Kollision der Gesetze, des Art. 896 code civil und des Art. 14 der deutschen Bundesakte. Der Vorderrichter nimmt zutreffend an, daß das Klagrecht durch den Vergleich vom 10./30. November 1814 und das Familienstatut vom 1. Mai 1819 nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts und des Privatfürstenrechts erloschen sei. Es kann also dahingestellt bleiben, ob es richtig ist, daß die Fideikommißeigenschaft der Rente durch die gedachte Gesetzgebung beseitigt sei. Die Gültigkeit des Vergleiches richtet sich bei dem von dem Vorderrichter unanfechtbar festgestellten mutmaßlichen Willen der Kontrahenten, wonach sich die Kontrahenten in Ansehung ihrer Verfügung über die Rente freiwillig dem in der Standesherrschaft W. Sch. geltenden Rechte unterworfen haben (Nr. 4222. Nr. 241. Nr. 204. Nr. 435), ausschließlich nach gemeinem Privatfürstenrechte, und für das Familienstatut kommt außerdem der Art. 14 der deutschen Bundesakte in Betracht. Anlangend nun den Vertrag von 1814, so enthält er von seiten des Grafen Karl eine Entsagung auf erworbene Rechte, denn ein Fideikommißanwärter hat ein nach dem Willen des Stifters bereits erworbenes, wenngleich nur bedingtes Recht auf die Fideikommißnachfolge, und in dieser Entsagung liegt eine Veräußerung im weiteren Sinne, wenn auch nicht des Fideikommißgutes selbst, doch der agnatischen Rechte an demselben. Es ist daher nicht rechtsirrtümlich, wenn der Berufungsrichter die Grundsätze, welche bei der Veräußerung eines Familienfideikommisses im allgemeinen gelten, auch für den vorliegenden Fall analog zur Anwendung gebracht hat. Gemeinrechtlich kann nun ein Agnat, welcher seine Einwilligung zur Veräußerung eines Fideikommisses gegeben hat, diese Veräußerung so wenig anfechten, als dies der veräußernde Fideikommißinhaber zu thun imstande ist. Dasselbe gilt von dem Anwärter, welcher Allodial-

erbe des Veräußerers oder eines konsentierenden Anwärters geworden ist. Zu demselben Ergebnisse gelangt man, wenn man die Vorschriften des Privatfürstenrechts zu Grunde legt. Agnatische Erbverzichte auf die Nachfolge in Familienfideikommisse sind in den ehemals reichsständischen Familien von jeher in Übung gewesen und niemals als ungültig behandelt worden. Zweifelhaft und bestritten war nur, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange solche Verzichte gegen die Nachkommen des Entsagenden wirkten, wenn sie, wie hier, zugleich für diese erklärt waren. Diese Frage ist nicht zum Austrage zu bringen. Denn im heutigen Rechte besteht wenigstens in Ansehung der Haftung der Nachkommen als Allodialerben für die Handlungen des Erblassers kein Unterschied zwischen einem Familienfideikommisse des hohen und einem des niederen Adels. Die wesentlich dem öffentlichen Rechte angehörenden Rechtsgrundsätze, welche bei ehemals reichsständischen jetzt souveränen Fürstenhäusern rücksichtlich der Nachfolge in die Landesregierung und in die mit dieser im Zusammenhange stehenden Haus- und Kronfideikommisse in Geltung waren und sind (Nr. 16. Nr. 1941), können für die Succession in standesherrliche Stamm- und Fideikommißgüter nicht herangezogen werden, seitdem diese infolge des Art. 27 der Rheinbundsakte Privateigentum der Mediatisierten geworden sind und privatrechtlichen Normen unterliegen. Der ursprüngliche Kläger hat die Erbschaft seines Vaters, des Grafen Karl, der den Vertrag von 1814 geschlossen hat, angetreten. Dieser Vertrag präjudizierte mithin unter jedem Gesichtspunkte sowohl dem Successionsanspruche des Renunzianten als dem seines Sohnes und Erben. Dagegen würde dem Erbverzichte als bloßer Privatdisposition keine weitergehende Wirkung beizulegen sein, diese namentlich nicht ohne weiteres dem Reassumenten entgegengehalten werden können. Hierzu würde, wenn nicht der Beitritt des ursprünglichen Klägers zum Erbverzichte seines Vaters, doch mindestens der Nachweis erforderlich gewesen sein, daß der Reassument durch Erbschaftsantretung Universalnachfolger seines verstorbenen Vaters geworden sei. Daraus folgt indessen nicht, daß der Reassument nunmehr sein eigenes Successionsrecht nachträglich geltend zu machen befugt sei. Derselbe trat nur an die Stelle seines Vorgängers und mußte den Prozeß in der Lage aufnehmen, in welcher sich die Sache zur Zeit des Todes des ursprünglichen Klägers befand. Die Wirkung des Erbverzichts ist auch nicht durch Art. 14 Nr. 2 der deutschen Bundesakte von 1815 beseitigt worden. Die dort rücksichtlich der Privatautonomie der Standesherren getroffenen Bestimmungen hatten nur den Zweck, die während der Zeit des Rheinbunds gegen jenes Sonderrecht erlassenen Gesetze und Verordnungen außer Kraft zu setzen, nicht aber die durch Verträge der Beteiligten aufgelösten oder teilweise außer Wirksamkeit getretenen Familienfideikommisse der Mediatisierten wieder herzustellen. Das angesprochene agnatische Successionsrecht ist indessen nicht bloß vertragsmäßig für die Erben, sondern auch durch autonomische Satzungen der dispositionsberechtigten und dispositionsfähigen Familienglieder des gräflichen Gesamthauses L. W. mit Wirkung für und gegen alle Nachkommen des Grafen Karl rechtsgültig beschränkt worden. Zur Zeit des ehemaligen Deutschen Reiches stand das Recht der Autonomie der Gesamtfamilie und jeder einzelnen Linie eines reichsständischen Hauses zu. Der Wille der hochadligen Genossenschaft konnte sich in einem korporativen Beschlusse, in der Form eines Vertrages und in den dazu geeigneten Fällen sogar durch eine einseitige Verfügung des Hauses der Familie oder Linie äußern. Die Befugnis, in solcher Weise seine Güter- und Familienverhältnisse durch Akte der Hausgesetzgebung zu regeln, ist dem mediatisierten hohen Adel Deutschlands auch durch die Rheinbundsakte nicht entzogen worden. Diese unterwarf zwar die ehemaligen Reichsstände der Souveränität der Rheinbundsfürsten, gewährleistete ihnen jedoch in Art. 27 alle bis dahin besessenen Herrschafts- und Feudalrechte, die nicht wesentlich zur Souveränität gehörten, und beließ ihnen die Domänen als Patrimonial- und Privateigentum. Unverkennbar ist damit zum Ausdruck gebracht worden, daß den Mediatisierten das Sonderrecht, ihre eigentümlichen Rechtsverhältnisse selbst zu ordnen, fernerhin verbleiben solle. Im Großherzogtum Berg ist durch das Nassau-

Oranische Edikt vom 20. Dezember 1813 die französische Gesetzgebung im Gebiete der Standesherrschaft L. W. vom 1. Januar 1814 ab beseitigt, und es sind an deren Stelle alle „Gesetze, Verordnungen, Regulative und Gewohnheiten, welche vor dem 31. Juli 1806 gesetzliches Ansehen hatten, in die vorige Würde zurückgerufen" worden. Damit traten auch die Normen des Privatfürstenrechts und der Autonomie des gräflichen Hauses L. wieder in Kraft. Der Art. 14 der deutschen Bundesakte endlich hat die Autonomie der Standesherren, wenn nicht erweitert, so doch in seinem zur Reichszeit bestandenen Umfange wieder hergestellt und den Mediatisierten ausdrücklich die Befugnis zur Erlassung neuer Hausgesetze garantiert. Bei diesem Stande der Gesetzgebung erscheint sowohl der Vertrag vom 10./30. November 1814 als auch das unterm 1. Mai 1819 errichtete und am 11. Juli 1823 landesherrlich bestätigte Familienstatut als autonomische alle Nachkommen des Grafen Karl bindende Beliebung. Der Rechtsbestand beider Akte kann mit Erfolg nicht angefochten werden. Dem Vergleiche haben die dispositionsfähigen Agnaten des Gesamthauses L. W. teils ausdrücklich teils durch schlüssige Handlungen zugestimmt, die noch nicht selbständigen Descendenten jener Agnaten sind, da sie nur Rechte durch den Vergleich erlangten, von dem Grafen August als Familienhaupte und durch ihre Väter vertreten worden. Es liegt also der Fall, daß zwei einzelne Familienmitglieder über das Fideikommißvermögen des gräflichen Hauses in Widerspruch mit den älteren Hausgesetzen zum Nachteile ihrer Nachkommen verfügt hätten, nicht vor. Die Bestellung eines Kurators für die noch nicht geborenen Söhne des Grafen Karl würde eine leere Formalität gewesen sein. Denn die Notwendigkeit, Rätlichkeit oder Zweckmäßigkeit des Erbverzichtes konnte doch nur nach dem Zeitpunkte seines Abschlusses, den damals obwaltenden Umständen, beurteilt werden, während sich zum voraus nicht übersehen ließ, wie sich die Verhältnisse in der Zukunft gestalten würden. Einer landesherrlichen Bestätigung unterlag der Vergleich nicht. Zur Reichszeit war eine Kaiserliche Konfirmation der Familienverträge und statutarischen Anordnungen reichsständischer Häuser nach dem Herkommen und der Wahlkapitulation von 1711 Art. 1 § 9 und Art. 11 § 2 nur in bestimmten Fällen vorgeschrieben (Nr. 16); überdies würde, selbst wenn solche allgemein gefordert worden wäre, dies Kaiserliche Reservatrecht nach der Mediatisierung der ehemaligen Reichsstände nicht ohne weiteres auf die Souveräne der einzelnen Rheinbundsstaaten übergegangen sein. Materiell enthielt der Vergleich die Bestimmung, daß Graf Karl und seine Nachkommen in Ansehung der Nachfolge in das Familienfideikommißvermögen hinter die übrigen Grafen von Neu- und Alt-L. W. sowie deren Descendenz zurücktreten und als Abfindung bis zum Eintritte des Successionsfalles die ihnen zugesicherte Apanage nach Vorschrift der früheren Hausgesetze beziehen sollten. Graf August, der andere Vergleichskontrahent, war demzufolge nicht gehindert, durch das Familienstatut vom 1. Mai 1819 über die Fideikommißgüter des gräflichen Hauses Neu-L. W. einschließlich der Rheinzollrente, unbeschadet der dem Grafen Karl und dessen Nachkommenschaft in dem Vertrage vom 10./30. November 1814 eingeräumten gegenwärtigen und zukünftigen Rechte zu verfügen. Dasselbe enthielt eine rechtsgültige autonomische Disposition des Grafen August über die Güter und Gerechtsame seines Hauses und ist landesherrlich bestätigt worden. Die Rüge der Verletzung der Grundsätze des Privatfürstenrechts ist nicht gerechtfertigt. Nach einem allgemeinen deutschen, für die ehemalig reichsständischen, jetzt souveränen Fürstenhäuser und standesherrlichen Geschlechter geltenden Gewohnheitsrechte können Änderungen bestehender Familienverträge und fideikommissarischer Anordnungen mit Einwilligung sämtlicher zur gegebenen Zeit lebender und dispositionsfähiger Agnaten von dem Familienhaupte vorgenommen werden. Die Befugnis zu solchen Änderungen fließt unmittelbar aus dem Sonderrechte der Autonomie, das die hochadlige Familie über den Kreis der allgemeinen Staatsgesetze hinaushebt. Weder nach früherem Reichsrechte noch nach neuerem öffentlichen und Privatrechte durften und dürfen freilich die neuen Rechtssätze und Rechtsakte, welche vermöge jenes Standesprivilegiums ins Leben

gerufen werden sollen, gegen die Reichs- und Staatsverfassung oder gegen absolut verbietende Gesetze verstoßen und die Rechte Dritter gefährden. Auch mag wohl eine rein willkürliche gewisse an sich successionsfähige Nachkommen ganz und für immer ohne irgend welche Entschädigung von der Nachfolge in Familienfideikommisse ausschließende agnatische Disposition nicht aufrecht erhalten werden können. Im vorliegenden Falle sind aber diese Grenzen eingehalten worden. Die Rechtsstellung der Nachkommen des Grafen Karl ist nach dem Familienstatute, durch welches die Grafschaft W. nebst Zubehör, insbesondere der streitigen Oktroirente an die gräfliche Linie Alt-L.W. mit Übergehung des Zweiges der Linie Neu-L., welcher der Kläger angehört, gefallen ist, in Berücksichtigung des Erbverzichts sogar eine günstigere. Innerhalb der gedachten Grenzen sind Abweichungen von gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich festgestellten Normen sowohl wie von den Satzungen des Fideikommißstifters unbedenklich zuzulassen. Nr 16. Hierzu tritt die festgestellte Familienobservanz im gräflichen Hause L. sowie der Umstand, daß das im ehemaligen Herzogtum Nassau in Übung gewesene partikulare Privatfürstenrecht die Möglichkeit der Auflösung und Änderung landesherrlicher und standesherrlicher Familienfideikommisse mit Einwilligung aller lebenden Agnaten anerkannt hat.]

Nr. 2079. V. Sen. 7. Mai 1887. V. 296. 86. Bd. 19, Nr. 51, S. 266.

Ersitzung von Servituten gegen ein zu einem Familienfideikommiß gehöriges Grundstück. (Preuß. R.). Nach dem heutigen Stande der gemeinrechtlichen Verjährungslehre würde man sich für die Zulässigkeit der außerordentlichen Ersitzung gegenüber dem Familienfideikommisse zu entscheiden haben. Für die Zeit der Emanation des preußischen A.L.R., das letzte Jahrzehnt des vorigen Jahrhunderts aber muß anerkannt werden, daß damals die Ansichten der Rechtslehrer, wie sie von Knipschild auf der einen, von Höpfner auf der anderen Seite vertreten werden, sich entgegenstanden und daß damals die Ansicht Knipschilds, welcher die Wirksamkeit der longissimi temporis (= 30 vel 40 annorum) praescriptio leugnet, um so eher Anhänger finden konnte, als die klare wissenschaftliche Formulierung des Unterschiedes zwischen der dreißigjährigen Klagverjährung und der außerordentlichen Ersitzung, wie schon der für das eine wie für das andere Institut gemeingebräuchliche Ausdruck longissimi temporis praescriptio zeigt und wie auch die landrechtliche Zusammenfassung der erwerbenden und der erlöschenden Verjährung unter gemeinschaftliche Grundregeln nach erkennen läßt, noch nicht durchgedrungen war. Der § 122, II. 4 A.L.R. entscheidet die Frage zu Gunsten der Zulässigkeit der dreißigjährigen (erlöschenden wie erwerbenden) Verjährung. Seinem Wortlaute nach erklärt er den Erwerb von einzelnen Rechten auf das Fideikommiß durch dreißigjährige Ersitzung für zuläßig. Er spricht nicht von der Ersitzung von Rechten gegen den zeitigen Fideikommiß*besitzer*, sondern von der Ersitzung von Rechten auf das Fideikommiß, also von einer Einschränkung, Belastung des Fideikommisses selbst, und zwar im Gegensatze zu dem Verluste der Fideikommißeigenschaft überhaupt. Auch die Entstehung des Gesetzes führt auf kein anderes Verständnis, als sein Wortlaut bietet. Die Auffassung in den Fällen Nr. 2067, Nr. 2068 kann, soweit sie hier entgegensteht, nicht aufrecht erhalten werden. Der Umstand gerade, daß das preußische A.L.R. dem verpachteten und in Nießbrauch stehenden Gute gegenüber die Verjährung ausdrücklich für unstatthaft (§ 521, I. 9, § 91, I. 21 A.L.R.), dem Fideikommißgute gegenüber für statthaft erklärt, beweist auf das bestimmteste die Absicht des Gesetzgebers, dem Fideikommißgute gegenüber die sonst etwa mögliche Anwendung der §§ 512, 516, I. 9 A.L.R. ebenso auszuschließen, wie er sie in jenen anderen Fällen für geboten erachtet hat. Die Zulässigkeit der außerordentlichen Ersitzung einer Servitut unter den allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen ist selbst dann anzunehmen, wenn die Fideikommißeigenschaft im Hypothekenbuche eingetragen oder dem Ersitzenden selbst bekannt war. Nr. 2061. Nr. 2069.

Nr. 2080. IV. Sen. 4. Juli 1887. IV. 62. 87. Bd. 19, Nr. 57, S. 305.

Befugnis der Fideikommißbehörde zur Bestellung eines Kurators für das Familienfideikommiß. (Preuß. R.). Schon vor dem Gesetze vom 5. März 1855 waren dem Fideikommißrichter die Funktionen der Beaufsichtigung und Verwaltung des Fideikommisses zugewiesen in dem Maße, daß er auch befugt war, in Bedarfsfällen nach seinem Ermessen eine Kuratel für das Fideikommiß und die dabei interessierten unbekannten Personen zu bestellen (§ 49, II. 18, § 76 Einl. A.L.R.). In dem Gesetze vom 5. März 1855 treten jene beiden Funktionen des Fideikommißrichters deutlich hervor. Durch § 90 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 ist darin nichts geändert.

Nr. 2081. IV. Sen. 16. Dezember 1892. IV. 165. 92. Bd. 30, Nr. 82, S. 278.

Voraussetzungen der Fideikommißeigenschaft des Amortisationsfonds eines mit altlandschaftlichen schlesischen Pfandbriefen belasteten Fideikommißgutes. (Preuß. R.). Der verstorbene Graf B. hinterließ als testamentarischen Universalerben den Kläger, während der Nachfolger des Verstorbenen im Besitze der aus mehreren Gütern bestehenden Fideikommißherrschaft der Beklagte wurde. In dem die Auseinandersetzung zwischen dem Allodialerben des Vorbesitzers und dem Fideikommißfolger betreffenden Rechtsstreite haben die Parteien im Wege der Klage und der Widerklage Ansprüche bezüglich des bei der Landschaft für die Fideikommißgüter aufgesammelten Amortisationsfonds erhoben. Beide Parteien sind vom Berufungsgericht abgewiesen. Die Revisionen beider Teile waren erfolglos. Die in Rede stehenden Güter sind mit altlandschaftlichen schlesischen Pfandbriefen als Fideikommißsubstanzschuld belastet. Die über diese Schuld ausgegebenen den Pfandbriefsinhabern ursprünglich mit vier Prozent verzinslich gewesenen Pfandbriefe sind gemäß Regulativs vom 22. Mai 1839 in solche mit $3^1/_2$ Prozent Zinsen umgewandelt worden, wobei aber die Verpflichtung der bepfandbrieften Güter zur Entrichtung von vier Prozent Zinsen bestehen blieb. Von dem überschießenden Betrage von $^1/_2$ Prozent sind nach Abschnitt II des Regulativs behufs allmählicher Tilgung der Pfandbriefsschulden Amortisationsfonds bei der Landschaft aufgesammelt worden. Nach Art. 27 des Regulativs ist der Anteil jedes Gutsbesitzers an dem Amortisationsfonds zwar ein Zubehör des Gutes, das mit diesem auf jeden neuen Besitzer übergeht, doch kann darüber von dem Gutsbesitzer nur in näher bestimmter Weise verfügt, der Fonds aber ohne das Gut weder abgetreten noch aus anderen Titeln von einem Dritten, insbesondere weder von den Hypothekengläubigern noch sonst im Wege der Exekution in Anspruch genommen oder mit Beschlag belegt werden. Diese Bestimmung ist aber durch das am 22. Januar 1872 bestätigte Regulativ unter Nr. 14 dahin deklariert worden, daß durch sie nur das Rechtsverhältnis gegenüber der Landschaft bestimmt, diese Frage aber nicht berührt werde, ob der bei einem bepfandbrieften Fideikommißgute aufgesammelte Amortisationsfonds Fideikommißeigenschaft habe. Durch Beschluß des Generallandtages von 1846 Nr. 13, bestätigt am 23. Juni 1848, war unter Aufhebung der Art. 20—23 des Regulativs vom 22. Mai 1839 gestattet worden, daß, wenn wenigstens der zehnte Teil der verzinslich eingetragenen Pfandbriefsschuld aufgesammelt sei, der Schuldner die Verabfolgung des Aufgesammelten zu seiner beliebigen Disposition fordern könne. Diese Bestimmung ist jedoch durch das bereits erwähnte, am 22. Januar 1872 bestätigte Regulativ Nr. 9ᵃ und 13ᶜ wieder beseitigt worden. Dem verstorbenen Grafen B. ist während seiner Besitzzeit der Amortisationsfonds auf seinen Antrag zweimal ausgehändigt worden, nämlich im Jahre 1848 und am 13. Juli 1872. Im letzteren Falle geschah dies mit dem bis Weihnachten 1871 aufgesammelten Betrage von 55260 Mk. Zur Zeit seines Ablebens war der Fonds unter Berechnung des Betrages nach dem Johannistermine 1885 wiederum auf 32269 Mk. angewachsen. Der Kläger stützt seinen Anspruch auf Zahlung dieses Betrages und der Summe, um die der Amortisations-

fonds bis 4. Juni 1889, dem Tage der Fideikommißfolge des Beklagten, gewachsen ist, nebst fünf Prozent Zinsen von diesen Beträgen seit dem Tage der Klagbehändigung auf nützliche Verwendung. Der Beklagte machte geltend, die Abhebung der Amortisationsgelder im Jahre 1872 sei ungesetzlich erfolgt. Diese Ausschüttung sei ein nichtiger Akt, weshalb die rechtliche Begründung nicht der Klage, wohl aber des Widerklaganspruches auf Rückzahlung der im Jahre 1872 erhobenen Amortisationsgelder gegeben sei. Der geforderte die thatsächlich erhobene Summe von 55 260 Mk. übersteigende und mit der Widerklage in Anspruch genommene Mehrbetrag von 100 323 Mk. sei derjenige, bis zu welchem im Wege des regelmäßigen Amortisationsanwachses von 3½ prozentigen Pfandbriefen der Amortisationsfonds zu Johannis 1889 aufgelaufen sein würde, wenn die Abhebung nicht stattgefunden hätte. Das Reichsgericht hat die Gründe des Berufungsurteils nicht gebilligt, dies aber aus anderen Gründen aufrecht erhalten. Dem Fideikommißbesitzer liegt als solchem gegenüber dem Obereigentümer, der Familie, die Verpflichtung zur Verzinsung der Fideikommißsubstanzschulden ob (§ 74, II. 4; §§ 11, 589, 590, I. 18; §§ 70, 87, I, 21 A.L.R.). Zu diesen Fideikommißsubstanzschulden gehören nach der Feststellung der Vorinstanz auch die hier in Rede stehenden Pfandbriefsdarlehne. Einen Teil der von diesen Pfandbriefsdarlehnen zu zahlenden Zinsen bilden die Beiträge zum Amortisationsfonds. Denn die gesamten den ½ prozentigen Amortisationsbeitrag mit umfassenden vier Prozent, die der Besitzer der bepfandbrieften Güter an die Landschaft zu zahlen hat, sind Leistungen für die Nutzung des Pfandbriefdarlehens, also nach § 803, I. 11 A.L.R. Zinsen. Mit der Zahlung der Amortisationsbeiträge erfüllt daher der Fideikommißbesitzer einen Teil der ihm gegenüber der Familie obliegenden Verpflichtung zur Verzinsung der Fideikommißsubstanzschuld. Damit gewinnt der durch Ansammlungen aus diesen Zinsen gebildete Amortisationsfonds als eine Masse, aus der die Familie die Tilgung der Schuld zu beanspruchen hat, fideikommissarische Eigenschaft. Verfehlt erscheint die Bezugnahme der Revision des Klägers auf die §§ 71, 208, 209, 211, II. 4 A.L.R. in Verbindung mit §§ 511 ff., 527 ff. I. 18 A.L.R., indem der Kläger auf Grund dieser Bestimmungen geltend macht, daß die Zubehörstücke, welche nicht in das Fideikommißinventar aufgenommen sind, zur Allodialmasse gehören dergestalt, daß, soweit sie von dem Fideikommißgute nicht getrennt werden können, der Fideikommißfolger sie dem Allodialerben vergüten müsse. Denn aus § 517, I. 18 A.L.R. ergiebt sich, daß Gegenstand des Inventars die zur *Bewirtschaftung* des Gutes dienenden Beilaßstücke sind, so daß also aus dem Mangel der Aufführung des Amortisationsfonds in dem Inventare nicht geschlossen werden kann, daß dieser als Allodialvermögen zu betrachten sei. Wird aber von der Fideikommißeigenschaft des Amortisationsfonds ausgegangen, so läßt sich auch aus der nützlichen Verwendung ein Anspruch des Allodialerben nicht herleiten, weil eine Verwendung aus dem thatsächlich und rechtlich *auf den Allodialerben übergegangenen* Vermögen überhaupt nicht stattgefunden hat. Dies Alles gilt indessen mit Rücksicht auf § 74, II. 4 A.A.R. nur insofern, als nicht aus der Stiftungsurkunde die allodiale Eigenschaft des Amortisationsfonds zu entnehmen ist. Soweit dies der Fall ist, kann auch der Umstand, daß der Amortisationsfonds durch das Regulativ für Zubehör des Gutes erklärt ist, nicht die Wirkung haben, daß lediglich deshalb, dem Willen des Stifters entgegen, der Amortisationsfonds als Zubehör des Fideikommisses zu betrachten ist. Denn da sich das Fideikommißgut in geteiltem Eigentume befindet, so schließt die Pertinenzeigenschaft einer Sache noch nicht die Möglichkeit aus, daß sie im freien Eigentume des Fideikommißbesitzers steht, und dem entspricht es auch, daß nach der deklaratorischen Bestimmung des im Jahre 1872 bestätigten Regulativs durch die Pertinenzqualität des Amortisationsfonds die Frage, ob dieser als Fideikommiß zu betrachten sei, nicht berührt wird. Ebensowenig geschieht dies durch die von der Revision des Beklagten für die Fideikommißeigenschaft herangezogenen §§ 42, 105, 125, 126, I. 2 A.L.R., da diese Bestimmungen die Frage der Pertinenz-

qualität einer Sache und des dinglichen Rechts auf diese nur im allgemeinen regeln, ohne über die sich aus der Geteiltheit des Eigentums ergebenden Folgen zu entscheiden. Bezüglich des beim Ableben des Stifters, der zugleich erster Fideikommißinhaber war, vorhandenen Amortisationsfonds ist nun aber aus der Stiftungsurkunde nichts zu entnehmen, was dafür sprechen könnte, daß der Fonds als Allodialvermögen des Stifters zu betrachten wäre. Eine ausdrückliche Bestimmung hierüber konnte die Stiftungsurkunde von 1829 nicht enthalten, weil die Bildung des Amortisationsfonds erst durch das landschaftliche Regulativ vom 22. Mai 1839 begründet ist. Aber auch eine Bestimmung, die mittelbar dahin führen könnte, die allodiale Natur des Bestandes des Amortisationsfonds anzunehmen, weist die Stiftungsurkunde nicht nach. Deshalb muß die Erwägung, daß die betreffenden Amortisationsbeiträge einen Teil der Zinsen der das Fideikommiß belastenden Substanzschuld bilden, daß sie dem Regulativ entsprechend zur Tilgung dieser Substanzschuld, also im Interesse nicht bloß des Zahlenden, sondern der ganzen Familie gezahlt, daß sie auch dem Zahlenden nicht zurückgegeben, sondern bis zu seinem Ableben in dem Fonds verblieben sind, zu der Annahme führen, daß der beim Tode des Stifters vorhanden gewesene Bestand des Amortisationsfonds, seiner anfänglichen, zunächst vielleicht nicht vorbehaltlosen Bestimmung gemäß, nunmehr vorbehaltlos Fideikommißvermögen war, und daraus ergiebt sich, daß der mit der Klage bezüglich des Amortisationsfonds verfolgte Anspruch unbegründet ist. Anders ist die Rechtslage bezüglich der im Jahre 1872 von dem Stifter erhobenen Amortisationsgelder. Hier kommt in Betracht, daß der Stifter g e g e n ü b e r d e r F a m i l i e eine Pflicht zur Tilgung der Pfandbriefsschuld nicht hatte, indem er in der Fideikommißstiftungsurkunde ausdrücklich erklärt hat, vorläufig nicht imstande zu sein, für die Verminderung der Fideikommißschuld zu sorgen, und sich nur vorbehalten hat, nach freier Willkür zu zahlen, was er vermöge und für angemessen erachte. Der Landschaft gegenüber war der Stifter allerdings zur Leistung der Amortisationsbeiträge verpflichtet, und es mag zweifelhaft sein, ob er im Verhältnisse zur Landschaft berechtigt war, am 13. Juli 1872 den bis dahin aufgesammelten Bestand des Amortisationsfonds zu erheben, da die bezügliche durch Beschluß des Generallandtages von 1846 unter der oben bezeichneten Voraussetzung begründete Befugnis durch das bereits am 22. Januar 1872 bestätigte Regulativ wieder beseitigt war. Für die Familie aber bestand irgend ein Anspruch, die Rückzahlung der angesammelten Beiträge an den Stifter zu versagen, nicht. Waren diese Beiträge auch zur teilweisen Tilgung der Schuld und im Interesse der Familie geleistet, so hatte der Stifter gegenüber der Familie durch diese Zahlungen keineswegs auf die Verfügung über die Beiträge verzichtet. Ihr gegenüber machte der Stifter, indem er sich den Fonds auszahlen ließ, lediglich von der vorbehaltenen Befugnis, die Fideikommißschuld nach Willkür zu tilgen, Gebrauch, und die Zahlungen zum Amortisationsfonds, wodurch nicht etwa unmittelbar und sofort ein Teil der Pfandbriefschuld getilgt wurde, erscheinen gegenüber der Familie nur als mit Vorbehalt anderweitiger, demnächst thatsächlich getroffener Bestimmung geleistet. Deshalb ist der vom Fideikommißbesitzer mit der Widerklage verfolgte Anspruch aus der im Jahre 1872 an den Stifter erfolgten Ausschüttung des Amortisationsfonds nicht gerechtfertigt.

Nr. 2082. V. Sen. 6. Juni 1894. V. 21. 94. Bd. 34, Nr. 56, S. 225.

Revenuenhypotheken auf Fideikommißgütern. Der Kläger ist Besitzer von acht in Pommern belegenen Fideikommißgütern. Vorbesitzer war sein am 14. September 1888 verstorbener Bruder O. B. Dieser hatte im Jahre 1880 für ein von der beklagten Bank erhaltenes Darlehn von 1000000 Mk. eine Revenuenhypothek auf den acht Fideikommißgütern eintragen lassen. Das Darlehn sollte mit fünf Prozent vom 1. Oktober 1880 verzinst und in jährlichen Raten von 100000 Mk. von da ab zurückgezahlt werden. Auf denselben Gütern und auf C. steht für Fräulein A. B. zur

Sicherung eines angeblich dem O. B. gegebenenen Darlehns von 500000 Mk. ebenfalls eine Revenuenhypothek von 500000 Mk. eingetragen. Von dieser sind der Beklagten 175000 Mk. cediert, die jetzt noch in Höhe von 168000 Mk. validieren. O. B. hatte die Aufnahme aller Darlehne mit der urkundlichen Erklärung gerechtfertigt, daß sie zur Wiederherstellung der infolge von Wetterschäden und Alter ruinierten Gebäude auf den Fideikommißgütern nötig seien. Dieser Erklärung haben in betreff des Darlehns von 1000000 Mk. die beiden Brüder und Agnaten des O. B. nämlich F. und E. B., in betreff des Darlehns von 500000 Mk. E. B. (Kl.) und Frau P. zugestimmt. Die Eintragungen sind ohne Mitwirkung des Oberlandesgerichtes in Stettin durch die betreffenden Grundbuchrichter bewirkt. Da die Verzinsungs- und Rückzahlungstermine seitens des O. B. nicht eingehalten wurden, so ist auf Antrag der Beklagten bereits im Jahre 1882 die Zwangsverwaltung der Güter eingeleitet. Der Kläger E. B., der nach dem Tode seines Bruders als nutzungsberechtigter Eigentümer der Fideikommißgüter im Grundbuche eingetragen ist, macht geltend, daß die Hypotheken wegen Nichtbeobachtung der gesetzlichen Form (Regulierung durch das Oberlandesgericht) für ihn als Fideikommißfolger nicht verbindlich seien, und klagt deshalb auf deren Löschung. Die Beklagte hat eingewendet, daß der Kläger, weil er in die Aufnahme der Darlehne und die Eintragung der Hypotheken eingewilligt habe, eventuell wegen Arglist persönlich verhaftet sei, und ferner, daß sie die 175000 Mk. von der A. B. gegen Entgelt und in gutem Glauben erworben habe. Sie beantragte widerklagend, den Kläger bei Vermeidnng der Zwangsverwaltung der Güter während seiner Lebenszeit zur Zahlung der ihr zustehenden Restforderungen zu verurteilen. Der erste Richter hat die Beklagte nach dem Klagantrage verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten ist zurückgewiesen, ebenso ihre Revision. Anlangend die Klage, so läßt sich der Ausführung der Beklagten, daß sie eine den Fideikommißfolger bindende Revenuenhypothek von 1000000 Mk. erworben habe, nicht beitreten. Der § 101, II. 4 A.L.R. schreibt vor, daß die Regulierung eines Darlehnsgeschäfts, wodurch eine eigentliche nicht bloß den zeitigen Fideikommißbesitzer bindende Revenuenhypothek begründet werden soll, allemal gerichtlich erfolgen müsse, und der § 102 fügt hinzu, daß der Richter von Amts wegen dahin zu sehen habe, daß die in den §§ 80—100 a. a. O. aufgestellten Erfordernisse beobachtet werden. Die hierdurch dem Richter übertragene Prüfung betrifft zunächst die Frage, ob überhaupt der Fall eines „notwendigen Darlehns" vorliegt (§§ 80, 81, 85, 86). Ferner hat der Richter die Rückzahlungstermine nach Maßgabe des Betrages der Einkünfte des Fideikommißgrundstücks festzustellen (§§ 96—100). Bei der Regulierung soll er zwei Fideikommißanwärter zuziehen (§§ 87 ff. a. a. O. und §§ 16 ff. des Gesetzes vom 15. Februar 1840). Die Ansicht der Beklagten, daß die Erklärung der Anwärter über die Notwendigkeit der Darlehne den Richter binde und ihn jeder weiteren eigenen Prüfung überhebe, findet in den Gesetzen keinen Anhalt. Das Reichsgericht hat ferner in einer Reihe von Urteilen bereits entschieden, daß die Regulierung des Darlehns nach Erlaß des Gesetzes vom 5. März 1855 nicht mehr dem in § 102, II. 4 A.L.R. gedachten Richter, unter dem das Fideikommiß gelegen ist, sondern dem Appellationsgericht des betreffenden Bezirks und nach § 49 des preußischen Ausführungsgesetzes zum zu G.V.G. vom 24. April 1878 dem Oberlandesgericht zusteht. Hieran wird festgehalten. Danach konnte die Beklagte eine den jetzigen Kläger als Fideikommißfolger bindende Revenuenhypothek nur erwerben, wenn die Regulierung des ihr zu Grunde liegenden Darlehnsgeschäfts durch das Oberlandesgericht in Stettin bewirkt wäre, was nicht geschehen ist. Die Beklagte hat ferner das zweite Urteil angegriffen, weil der Berufungsrichter die Verhaftung des Klägers während seiner Besitzzeit gemäß § 226, II. 4 A.L.R. verneint. Das Reichsgericht hat in dem vom Berufungsrichter in Bezug genommenen Urteil in Gruchots Beiträgen Bd. 35, S. 417 ausgeführt, daß, wenn man zunächst von dem behaupteten arglistigen Verhalten des Klägers absieht, aus der Vorschrift des § 87, II. 4 A.L.R., betreffend die Zuziehung von zwei

Anwärtern bei Regulierung einer Revenuenschuld, nicht gefolgert werden kann, daß derjenige Anwärter, der die Notwendigkeit der Darlehnsaufnahme anerkennt oder bezeugt, persönlich für die von dem Fideikommißbesitzer kontrahierte Schuld haftet und daß in diesem Verhalten eine von § 226 a. a. O. geforderte ausdrückliche ihn selbst verpflichtende Einwilligung in die Schuld nicht zu finden ist. Der Grund für diese Entscheidung liegt wesentlich darin, daß die Erklärung der Anwärter für den Beschluß der Fideikommißbehörde nur einen vorbereitenden, keinen maßgebenden Akt bildet und daß ohne eine auf selbständiger Prüfung beruhende Genehmigung dieser Behörde eine den Nachfolger bindende Revenuenhypothek nicht begründet werden kann. Daß in einem solchen Falle der Anwärter in eine andere als eigentliche Fideikommißschuld willigen und sich persönlich verpflichten wolle, läßt sich aus seiner Erklärung nicht ableiten. Die Vorschrift des § 19 des Gesetzes vom 15. Februar 1840 steht nicht entgegen, da die angeordnete schiedsrichterliche Entscheidung nur die Anwärter bindet, nicht aber die richterliche Prüfung beseitigt. Von dieser Ansicht abzugehen, haben die Ausführungen der Beklagten keinen Anlaß geboten. Daran kann auch das von der Beklagten behauphauptete arglistige Verhalten des Klägers nichts ändern. Die Geltendmachung der Ungültigkeit des vom Vorgänger des Klägers ohne Genehmigung der Fideikommißbehörde, also nicht rechtswirksam, bestellten Hypothek seitens des Klägers, der gemäß § 213, II. 4 A.L.R. aus eigenem Recht klagt, enthält an sich keinen Dolus. Mitkontrahent bei Aufnahme des Darlehns im Jahre 1880 ist ferner der Kläger, wie der Berufungsrichter unangefochten feststellt, nicht gewesen. Faßt man aber die Erklärung des Klägers dahin auf, daß er in dem Verfahren betreffend die Regulierung des von O. B. beabsichtigten Darlehnsgeschäfts mit der Beklagten die Fideikommißbehörde über die Notwendigkeit der Reparaturen an den Gebänden hat täuschen wollen, so kann aus dieser Täuschungsabsicht, da die Zustimmung der Behörde nicht erfolgt, das Darlehnsgeschäft also nicht rite zustande gekommen ist, niemals die Rechtswirkung hergeleitet werden, daß dem Kläger gegenüber das Darlehnsgeschäft als wirksam und er demgemäß für verhaftet anzusehen sei. Von einem Dolus des Klägers könnte gesprochen werden, wenn, falls die Täuschung gelungen wäre und die Behörde ihre Zustimmung zu dem Darlehnsgeschäft erteilt hätte, der Kläger eine Einrede gegen die Gültigkeit des Geschäfts aus dem Mangel des für das notwendige Darlehn erforderlichen Zweckes herleiten wollte. Dieser Fall liegt aber nicht vor. Dem Berufungsrichter ist deshalb darin beizustimmen, daß es an der erforderlichen Kausalität zwischen der Kenntnis des Klägers davon, daß das Darlehn ganz oder zum Teil nicht dem Zwecke eines notwendigen Fideikommißdarlehns dienen sollte, und der Ungültigkeit der konstituierten Schuld wegen Formmangels fehlt. Auch die Beschwerde der Beklagten über Verletzung des § 38 Abs. 2 E.E.G. kann nicht für begründet erachtet werden. Eine gerichtliche Regulierung unter Mitwirkung der Fideikommißbehörde hat auch in Ansehung des von O. B. bei Fräulein A. B. aufgenommenen Darlehns von 500 000 Mk. nicht stattgefunden. Vielmehr haben zwei Fideikommißanwärter, darunter der Kläger, in Verhandlungen, die ebenfalls nicht bei der Fideikommißbehörde gepflogen sind, die Eintragung mit der Motivierung bewilligt, daß das Darlehn zur Reparatur von Gebäuden auf den Fideikommißgütern notwendig sei. Von dieser Hypothek hat die Beklagte durch Cession der A. B. 175 000 Mk. erworben, die jetzt noch in Höhe von 168 000 Mk. validieren. Das Reichsgericht hat in einer früheren Entscheidung ausgeführt, daß sich die Beklagte auf den guten Glauben beim Erwerbe dieser 175 000 Mk. deshalb nicht berufen kann, weil das Schuld- und Hypothekendokument habe ersehen lassen, daß es an der gerichtlichen Regulierung des der A. B. angeblich zustehenden Darlehns gefehlt habe. Die Beklagte hat im jetzigen Prozesse hiergegen geltend gemacht, daß weder aus dem Hypothekenbriefe noch aus der damit verbundenen Schuldurkunde hervorgehe, daß die Regulierung des Darlehns seitens der Fideikommißbehörde nicht stattgefunden habe, sowie daß diese Urkunden auch nicht dazu bestimmt seien, hierüber Auskunft zu geben. Das Berufungs-

gericht hat mit Recht diese Einwendungen für unbegründet erachtet. Spricht auch der § 38 Abs. 2 E.E.G. von Einreden, die dem Dritten vor dem Erwerbe der Hypothek bekannt geworden sind, so müssen hierunter auch Einreden begriffen werden, die dem Erwerber nur aus Unachtsamkeit unbekannt geblieben sind. Danach kommt es darauf an, ob der Beklagten aus Unachtsamkeit unbekannt geblieben ist, daß eine Regulierung des Darlehns seitens des Fideikommißrichters nicht stattgefunden hatte. Ihr bloßes Nichtwissen, daß es dieser Mitwirkung des Fideikommißrichters nach dem Gesetze zur Gültigkeit der Revenuenhypothek bedurfte, wäre ein sie nicht schützender Rechtsirrtum Der Hypothekenbrief ist nicht vorgelegt worden. Folgt man der Behauptung der Beklagten, so wäre mit diesem als Schuldurkunde lediglich die vor dem Amtsgericht abgegebene Erklärung der Darlehnsaufnahme und Revenuenverpfändung seitens des O. B. verbunden gewesen. Der Inhalt dieser Urkunden muß als dem dritten Erwerber, hier der Beklagten, zur Zeit des Erwerbes bekannt geworden angesehen werden. Nr. 2001. Nach diesem Inhalt war freilich nicht ausgeschlossen, daß die Regulierung des Geschäfts von dem Fideikommißrichter noch anderweit erfolgt wäre. Die Verpflichtung, sich hierüber beim Erwerbe der Hypothek zu vergewissern, will die Beklagte deshalb ablehnen, weil als Schuldurkunde, die mit dem Hypothekenbrief zu verbinden war und als die nach § 122 der Grundbuchordnung die Urkunde über den persönlichen Anspruch gilt, nur die Erklärung der Darlehnsverbindlichkeit seitens des O. B. anzusehen sei, die als solche einer Mitwirkung des Fideikommißrichters nicht bedurft habe, während die Regulierung des Geschäfts lediglich für die Verpfändungsbewilligung über die Lebenszeit des Darlehnsschuldners hinaus behufs Verpflichtung des Besitzfolgers in Betracht komme. Diese Zerlegung des Geschäfts der Aufnahme eines notwendigen Darlehns auf die Einkünfte eines Fideikommisses (§§ 80 ff. II. 4 A.L.R.) in einzelne Akte nach den Kriterien von Schuldgrund und Verpfändungsbewilligung wird dem Wesen des Geschäfts nicht gerecht. Dieses ist von der Aufnahme eines Darlehns seitens des zeitigen Fideikommißbesitzers unter Verpfändung der in seine Lebenszeit fallenden Einkünfte und unter ausdrücklicher Einwilligung des Fideikommißfolgers darin (§ 226, II. 4 A.L.R.), durch welche die Nutzungen des Fideikommisses auch während der Besitzzeit des letzteren dem Gläubiger verhaftet wergen, zu unterscheiden. Ist eine eigentliche Fideikommißschuld, eine notwendige Schuld für das Fideikommiß in Frage, und nur hierauf kann die Beklagte ihren Anspruch gegen den Kläger mit Rücksicht auf den Unterschied zwischen Zustimmung eines Anwärters gemäß §§ 80 ff. II. 4 A.L.R. und Einwilligung eines Fideikommißfolgers nach § 226 a. a. O. stützen, so gehört die gesetzlich vorgeschriebene gerichtliche Regulierung zur Schuldbegründung. Denn diese eigentliche Fideikommißschuld wird für das Fideikommiß als eine selbständige vom Vermögen des Fideikommißbesitzers verschiedene Vermögensmasse aufgenommen, und durch diese Aufnahme wird jeder der aufeinander folgenden Fideikommißbesitzer Schuldner mit den Einkünften, die in seine Besitzzeit fallen, für die in diese fallenden Termine. Aus dem Umstande also, daß hier mit dem Hypothekenbriefe nur die urkundliche Erklärung des O. B. verbunden war, mußte die Beklagte ersehen, daß es dem Hypothekenbriefe an der erforderlichen Verbindung mit für die Begründung einer eigentlichen Fideikommißschuld wesentlichen Urkunden gebrach. Daß man zu einer der Beklagten günstigeren Entscheidung auch dann nicht gelangt, wenn man unterstellt, es seien mit dem Hypothekenbriefe auch die Urkunden verbunden gewesen, worin die beiden Anwärter die Notwendigkeit der Darlehnsaufnahme bezeugten, weil es dann immer noch an der gerichtlichen Regulierung fehlte, folgt aus dem oben Gesagten. Im Gegenteil hätte der Umstand, daß die betreffenden Urkunden inhaltlich Erklärungen enthielten, welche die Absicht der Begründung einer eigentlichen Revenuenhypothek andeuteten, um so mehr bei der Beklagten den Zweifel anregen müssen, ob die zur Begründung eines solchen Rechtsgeschäfts erforderliche Regulierung durch den Fideikommißrichter stattgefunden habe. Wenn die Beklagte jede Prüfung nach dieser Richtung unterließ, so kann sie sich nicht gemäß § 38 Abs. 2 E.E.G. auf ihren guten Glauben bei der Cession berufen.

§ 85.
Bauergüter.

E.G. Art. 59, 62, 63, 197.

Stobbe II. §§ 79, 80, 130—136. V. §§ 322—325. Dernburg I. §§ 182, 207—214, 310.

Nr. 2083. III. Sen. 9. Dezember 1884. III. 218. 84. Bd. 12, Nr. 52, S. 216.

Meierrecht. Zurückgabe des Brautschatzes der aufgeheirateten Frau. (Gem. R.). Die auf einen Meierhof aufheiratende Frau bezw. deren Erben können, abgesehen von dem Falle des Konkurses, die ihrem Ehemanne als Brautschatz zugebrachten Gegenstände und Gelder der Regel nach nicht zurückfordern. Es kann nicht mit der Eigentümlichkeit des Meierverhältnisses vereinbar angesehen werden, daß das von einer auf die Stelle aufgeheirateten Ehefrau eingebrachte Vermögen, nachdem es zum Besten des Gutes verwendet worden, aus ihm wieder herausgezogen und der aufgeheirateten Ehefrau bezw. deren Erben zurückgegeben werde. Außerdem findet dieser Satz auch damit seine innere Berechtigung, daß die aufgeheiratete Frau ein Recht auf die Leibzucht aus dem Hofe erhält und darin eine Gegenleistung für das eingebrachte Vermögen enthalten ist. Jener Grundsatz des Meierrechts findet aber nur Anwendung auf diejenigen Gegenstände, welche die Frau dem Manne als Brautschatz verschreibt, ist dagegen nicht auszudehnen auf das übrige Vermögen der Frau, welches sie bei Eingehung der Ehe besitzt oder während derselben erwirbt, auch wenn sie dem Manne gestattet, das Geld hinzunehmen und zu den Zwecken der Ehe bezw. der Wirtschaftsführung zu verwenden. Denn dadurch allein erlangen diese Vermögensgegenstände noch nicht die Natur des Brautschatzes, dessen Bestimmung es ist, die Kräfte des Hofes zu vermehren. Nr. 2452. Nr. 2085.

Nr. 2084. III. Sen. 2. Dezember 1887. III. 136. 87. Bd. 19, Nr. 46, S. 242.

Einbringen des aufgeheirateten Kolons. Verwendungen desselben. Bei seinem Tode vorhandene Früchte. (Gem. R.). Aus den durch die Aufheiratung auf einen Meierhof sich ergebenden Rechtsverhältnissen und aus der rechtlichen Stellung, welche der aufheiratende Wirt erhält, folgt, daß dasjenige, was er bei seiner Verheiratung an Geld oder Sachen seiner Ehefrau zubringt, dem Hofe zu gute kommt, als Gegenleistung für die dem aufheiratenden Wirte gewährten weitgehenden dinglichen Nutzungs- und Verwaltungsrechte erscheint und daß ein Recht zur Zurückforderung dieser Illaten dem aufheiratenden Wirte und dessen Erben nicht zusteht. Ebenso ist anzunehmen, daß der aufgeheiratete Wirt die zum Besten des Hofes, zur Verbesserung desselben und des damit verbundenen Allodes gemachten Aufwendungen nicht für eine fremde Sache in der Erwartung des Ersatzes, sondern im eigenen Interesse und zu seinem eigenen Nutzen gemacht hat und daß seinen Erben ein Anspruch auf den Ersatz dieser Verwendung nicht zusteht. Nr. 2088. Wie während der Wirtschaftsführung des aufgeheirateten Wirtes dieser die zur Fortführung der Wirtschaft notwendigen Früchte zu diesem Zwecke verwenden muß und nur der Überschuß zu seinem Vermögen gehört, so muß auch von den bei seinem Tode vorhandenen Früchten der zur Fortführung der Wirtschaft notwendige Teil zu diesem Zwecke ausgeschieden werden, und es steht den Erben des aufgeheirateten Wirtes nur ein Anspruch auf den Überschuß zu.

Nr. 2085. III. Sen. 10. Dezember 1889. III. 239. 89. Bd. 24, Nr. 36, S. 181.

Meierrecht; Recht der zweiten Ehefrau des aufgeheirateten Wirtes zur Rückforderung des Brautschatzes. Haftung des Hofeserben für die Schulden des aufgeheirateten Wirtes. (Gem. R.). Die auf das Meierrecht gegründete Entscheidung

des Berufungsgerichts ist der Revision nicht entzogen, da dieselbe nicht auf besonderen Normen des im Fürstentum Lüneburg geltenden Rechts beruht, sondern auf den Grundsätzen des gemeinen deutschen Meierrechts, dessen Normen revisibel sind. — Es findet zwar ein dem Dotalanspruche des römischen Rechts gleicher Anspruch seitens der aufgeheirateten Meierfrau oder ihrer Erben im Falle der Auflösung der Ehe nicht statt, dagegen ist solcher Anspruch nicht schlechthin ausgeschlossen, wo durch Veräußerung der Stelle das durch die Einbringung des Brautschatzes und die Ehe begründete Recht der Ehefrau auf demnächstige Gewährung einer Leibzucht aus dem Hofe vereitelt wird, wie dies für den Fall des Konkurses des Meiers vom Reichsgericht bereits ausgesprochen ist. Nr. 2083. Hier steht der Anspruch der Klägerin auf Rückgabe des Eingebrachten durch rechtskräftiges Urteil fest und ist nur zu prüfen, inwieweit die urteilsmäßige Leistung von der Beklagten (der Gehöftserbin) aus dem durch den Verkauf des Hofes in ihr Vermögen gelangten Teile des Hofeswertes zu erfüllen ist. Es bedarf hier der Entscheidung der Frage über den Umfang ihrer Haftung für Schulden des aufgeheirateten Wirtes nicht, da die Forderung der Ehefrau des aufgeheirateten Wirtes auf Gewährung der Leibzucht und, soweit bei deren Wegfall der Anspruch auf Herausgabe des Heiratsgutes zugelassen ist, dieser letztere jedenfalls zu denjenigen Forderungen zu rechnen ist, deren Befriedigung aus dem Hofe dem Hofeserben nach der Beendigung der Rechte des aufgeheirateten Wirtes obliegt. Ein Erlöschen dieser Verpflichtung tritt aber auch nicht mit der Veräußerung des Hofes ein, sondern es bleibt die Haftung mit dem Erlöse bei Bestand, denn die Haftung des Frauengutes für Schulden des aufgeheirateten Wirtes beruht auf dem ihm als Ehemanne zustehenden umfassenden Verwaltungs- und Nutzungsrechte (Nr. 2088) und ist nicht auf die Zeit des Fortbestandes des Frauenvermögens in unveränderter Gestalt beschränkt, in welchem Falle auch weder ein ausreichender Kredit für ihn noch eine entsprechende Sicherheit der Gläubiger für die von ihm innerhalb seiner rechtlichen Befugnisse kontrahierten Schulden bestehen könnte. Die Verpflichtung der Beklagten zur Befriedigung der Klagforderung war mit dem Empfange des Überschusses aus dem Zwangsverkaufe begründet und wurde dadurch nicht aufgehoben, daß sie inzwischen über die erlangten Geldmittel im eigenen Interesse oder zu Gunsten dritter Personen verfügt hat.

Nr. 2086. III. Sen. 6. Oktober 1885. III. 140. 85. Bd. 14, Nr 48, S. 195.

Abfindung der Miterben des Anerben vom Allodium. Zeitpunkt der Berechnung des Bestandes desselben. (Gem. R.). Es handelt sich um die Frage, welcher Zeitpunkt für die Ausmittelung des Bestandes des Allodiums, von welchem den Geschwistern des Anerben einer Meierstelle Abfindungen zu gewähren sind, maßgebend ist, wenn die Stelle von der Mutter herrührt und auf derselben sich ein aufgeheirateter Wirt befunden hat, ob der Zeitpunkt des Todes der Mutter oder der selbständigen Besetzung des abzufindenden Kindes oder der Abtretung des Hofes durch den Anerben entscheidend ist. Der Berufungsrichter hat mit Recht angenommen, daß der Regel nach die Zeit der Antretung des Hofes durch den Anerben maßgebend ist. In Fällen der vorliegenden Art geht zwar beim Tode der Mutter der Hof ipso jure auf den Anerben über, und es entsteht zugleich der Anspruch der übrigen Kinder auf eine meierrechtliche Abfindung, welcher die Natur eines Erbanspruches hat. Allein daraus folgt nicht mit Notwendigkeit, daß dieser Zeitpunkt auch maßgebend sein müsse für die Bestimmung der Höhe der Abfindung, es entspricht vielmehr der Ausbildung des Rechts bei Bauergütern, daß hierfür der Zeitpunkt der Antretung des Hofes durch den Anerben entscheidend ist. Der auf einem von der Frau herrührenden Meierhof aufheiratende Kolon wird zwar nicht Eigentümer des Hofes, er wird aber während der Ehe und über deren Dauer hinaus für seine ganze Lebenszeit Inhaber des Meiergutes, er erhält ein weitgreifendes dingliches Verwaltungs- und Nutzungsrecht, er ist der volle Repräsentant des Hofes, und es kann weder der Anerbe noch ein abfindungsberechtigtes Kind die

Herausgabe seines Erbteils von ihm verlangen, es hängt vielmehr von ihm ab, wann er dem Anerben den Hof abtreten will. Nr. 2088. Der aufgeheiratete Wirt setzt mit dem Anerben und seinen übrigen Kindern die Gemeinschaft fort; wie ihnen die während der Wirtschaftsführung des Vaters eintretenden Verbesserungen zu gute kommen, so müssen sie sich auch die Verschlechterungen gefallen lassen. Die Abfindungsberechtigten können im letzteren Falle den Anerben nicht verantwortlich machen und eine Abfindung nach dem günstigeren Bestande des Allodialvermögens zur Zeit des Erbanfalls von ihm fordern, weil die Verwaltung des Hofes von dem aufgeheirateten Wirte nicht in Vertretung des Anerben erfolgt, sondern derselbe kraft seines eigenen Rechts die Verwaltung und Nutzung des Hofes wie ein Eigentümer hat. Hat aber das abzufindende Kind gegen den Anerben nur einen Anspruch auf eine Abfindung nach dem Bestande des Allodiums zur Zeit der Abtretung des Hofes durch den Anerben, so kann es auch nur die Vorlegung eines eidlich zu erhärtenden Inventars über diesen Vermögensbestand von dem Anerben verlangen.

Nr. 2087. III. Sen. 12. März 1887. III. 306. 86. Bd. 18, Nr. 40, S. 190.

Wirkung der Aufheiratung des Anerben auf einen anderen Hof. (Gem. R.). Der Satz, daß das Anerbenrecht wegfalle, wenn der Anerbe bereits ein anderes Bauergut besitzt, kann als ein dem geltenden gemeinen deutschen Privatrecht angehöriger Rechtsgrundsatz nicht betrachtet werden. Ob und inwieweit von einem gemeinen deutschen Bauernrecht, namentlich einem gemeinen Meierrecht, überhaupt die Rede sein könne, mag unerörtert bleiben; jedenfalls erstreckt sich dessen Geltung, was die Erbfolge in Bauergüter angeht, nur auf zwei Prinzipien, nämlich die Unteilbarkeit des Hofes und die Bevorzugung des männlichen Geschlechtes vor dem weiblichen. Dagegen wurde von jeher, wenigstens seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts, angenommen, daß sich in allen sonstigen Beziehungen, insbesondere rücksichtlich der Entziehung und Übertragung des Anerbenrechts und der Frage, ob ein Kolon mehrere Höfe zugleich besitzen dürfe, keine allgemein gültigen Rechtsnormen aufstellen lassen, dies Alles vielmehr von Landesgesetzen, Herkommen und besonderen Verträgen abhängt. Nach Aufhebung der Eigenbehörigkeit und des gutsherrlichen Verbandes ist überdies jeder innere Grund für die Unfähigkeit eines Anerben, mehrere Bauernhöfe zu bewirtschaften, weggefallen. — Der Verzicht auf das Anerbenrecht braucht nicht ausdrücklich zu sein. Das Gesetz schreibt nirgends einen ausdrücklichen Verzicht als die allein zulässige Art der Entsagung auf das Anerbenrecht vor; es kommen daher die allgemeinen Rechtsgrundsätze über den Verzicht zur Anwendung.

Nr. 2088. III. Sen. 21. November 1882. III. 295. 82. Bd. 8, Nr. 32, S. 125.

Übergang des Meiergutes auf den Ehemann. (Gem. R.). Die Erbin eines Meiergutes wird durch Erbanfall Eigentümerin desselben und bleibt dessen Eigentümerin auch in ihrer Ehe. Den sich aus der Mundialgewalt des Ehemannes ergebenden Befugnissen desselben und dem Rechte der Gütereinheit oder Verwaltungsgemeinschaft (der früher sogen. äußeren oder formellen Gütergemeinschaft) ist auch das Meiergut der Ehefrau unterworfen, ebenso einem ausgedehnten Vertretungs- und Verfügungsrechte des Ehemannes, wogegen die Befugnisse der Ehefrau im allgemeinen auf den ihr als Hausfrau zustehenden Wirkungskreis beschränkt werden. Die Befugnis des Ehemannes, das unbewegliche Frauengut zu verpfänden und zu veräußern, ist zwar im allgemeinen auf den Fall der Not beschränkt, allein durch die partikulare Gestaltung seines Rechts ihm auch mehrfach unbeschränkt eingeräumt. In allen übrigen Beziehungen hat der Ehemann auch das unbewegliche Frauengut unter Ausschluß der Frau nach außen hin allein zu vertreten. Diese Rechte an dem Frauengute bleiben ihm nach dem Tode der Frau im Beisitze mit den Kindern und bei unbeerbter Ehe pflegt er nach der herrschenden Regel

„längst Leib, längst Gut" ihr Erbe zu sein. Nach diesen Grundsätzen des sich auch auf das Meiergut der Ehefrau erstreckenden ehelichen Güterrechts ist der aufgeheiratete Meier während seiner Ehe und auch über deren Dauer hinaus für seine ganze Lebenszeit der Inhaber des Meiergutes, das er gleich einem Eigentümer selbständig zu verwalten und wie gegen jeden Dritten auch gegenüber dem Gutsherrn zu vertreten hat. Mit der bezeichneten eherechtlichen Stellung des eingeheirateten Meiers sind aber auch die Befugnisse erschöpft, die das gemeine Meierrecht ihm unbestrittenermaßen zuerkennt. Die Meinung, daß der eingeheiratete Ehemann der Eigentümer des von seiner Ehefrau herrührenden Meierguts sei, läßt sich für das gemeine Meierrecht nicht rechtfertigen. Daß sie aus besonderen Bestimmungen des Partikularrechts zu begründen sein kann, ist hiermit nicht ausgeschlossen. Nr. 2086. Nr. 2084. Nr. 2085.

---

§ 86.

Öffentliche Wege.

E.G. Art. 55.

Windscheid I. § 146, II. § 467. Stobbe I. § 64 Nr. 3. Dernburg I. §§ 218, 257.

Nr. 2089. III. Sen. 6. April 1888. III. 329. 87. Bd. 21, Nr. 35, S. 191.

Interdikt zum Schutze des Gebrauches eines öffentlichen Weges. Zulässigkeit des Rechtsweges. Aktivlegitimation. Voraussetzungen des Interdiktes. (Gem. R.). Läßt man, wie dies vom Reichsgericht geschehen ist, die Klage eines an der Benutzung eines öffentlichen Weges Interessierten gegen den Störer auf Abwehr von Störungen, Wiederherstellung des früheren Zustandes und Schadensersatz nach heutigem Rechte noch zu (Nr. 2718. Nr. 2091. Nr. 1693), so unterliegt es nach gemeinrechtlichen Grundsätzen keinem Zweifel, daß über einen solchen Privatanspruch der Civilrichter zu entscheiden hat. — Der Berufungsrichter geht allerdings zu weit, wenn er als Rechtsgrundsatz aufstellt, daß nach den Gesetzen Jeder, welcher durch eine Anlage auf einem öffentlichen Orte an dessen Gebrauche gehindert und dadurch beeinträchtigt werde, eine Klage auf Unterlassung der Anlage habe. Denn immerhin wird nach heutiger Rechtsanschauung, wenngleich kein besonderes Privatrecht des Klägers, doch ein bestimmtes Interesse desselben an der freien Benutzung des öffentlichen Ortes oder Weges zur Klagbegründung erfordert. Auf ein solches Interesse haben sich aber hier die Kläger berufen. — Das Interdikt wegen Verletzung der gesetzlichen Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen steht sodann den interessierten Personen nicht bloß dann zu, wenn auf dem öffentlichen Grundstücke eine besondere Vorrichtung zum Nachteile eines Anderen getroffen worden ist, sondern überhaupt wegen jeder Behinderung in dem Gebrauche eines öffentlichen Weges. — Gleich wie das Recht des Gebrauches öffentlicher Wege nur die vorhandenen Wege zum Gegenstande hat, so setzt auch die Fortdauer jenes Benutzungsrechts das Fortbestehen des öffentlichen Weges als solchen voraus. Nr. 1693. Dies Gebrauchsrecht wird daher gegenstandslos, wenn die zuständige Verwaltungsbehörde, sei es aus eigener Initiative, sei es auf Anstehen der beteiligten Gemeinde, einen bisher öffentlichen Weg in dieser Eigenschaft einzieht oder auf bestimmte Arten von Fuhrwerken beschränkt, und es verbleibt dann den dabei interessierten Personen nur die Befugnis, durch Beschwerde im geordneten Administrativverfahren dagegen aufzukommen, nicht aber auch ein im Civilrechtswege durchzusetzendes Widerspruchsrecht. Im vorliegenden Falle ist nur ein Verbot einer Behörde als provisorische Maßregel ergangen. — Das angestellte Interdikt

geht nach der zwar bestrittenen, aber für richtig zu erachtenden Ansicht auch auf Schadensersatz, ohne daß es dabei nach den nur für die negatorische Klage geltenden Grundsätzen des Nachweises eines besonderen Verschuldens des in Anspruch genommenen Störers bedarf. Nr. 1433. Nr. 1736.

Nr. 2090. V. Sen. 24. Oktober 1888. V. 118. 88. Bd. 22, Nr. 60, S. 304.

Eigentum an öffentlichen Wegen. Eigentumserwerb durch Auflassung, wenn der Auflassende Besitztitelberichtigung nach dem früheren Recht erlangt hätte. (Preuß. R.). Den kommunalen Verbänden (Kreisen, Provinzen), deren Aufgabe auf die gemeinschaftlichen Angelegenheiten der in ihnen vereinigten kleineren kommunalen Einheiten beschränkt ist, wozu der Verkehr innerhalb der einzelnen und zwischen den verschiedenen Gemeindebezirken nicht gehört, stehen nur ausnahmsweise auf Grund besonderer Titel Vermögensrechte an den Wegen zu (Anlegung von Wegen durch diese Verbände, Eigentumsübertragung durch Gesetz z. B. das vom 8. Juli 1875). Daß das an den Gemeindewegen den Gemeinden zustehende Vermögensrecht Eigentum sei, folgt allerdings aus der Zweckbestimmung der Wege nicht notwendig; denkbar ist auch ein den Gemeinden zustehendes Nutzungsrecht für den Verkehr neben dem Eigentume eines Anderen an dem Wegekörper. Der Berufungsrichter verstößt aber nicht gegen Rechtsnormen, wenn er, dies letztere als Ausnahmeverhältnis ansehend, aus den auf seiten der Gemeinde festgestellten Besitzhandlungen (Benutzung der Wege für den öffentlichen Verkehr, Bepflanzung und Unterhaltung) eine Vermutung für das Eigentum der Gemeinde, wie sie dem vollständigen Besitzer überhaupt zur Seite steht, herleitet, welche durch Gegenbeweis entkräftet werden müßte, aber nicht entkräftet worden ist, da der Separationsreceß kein Eigentum und keinen Eigentumsanspruch eines Anderen beurkundet und der Beklagte sich, statt einen anderen Eigentümer auch nur zu nennen, auf die Andeutung der Möglichkeit beschränkt hat, daß ein solcher existiere. — Die Streitfrage, ob als „eingetragener Eigentümer", dessen Auflassung, wenn sie gegen Entgelt und im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuches entgegengenommen worden ist, nicht angefochten werden kann, auch derjenige anzusehen ist, welcher seine Eintragung als Eigentümer auf Grund der älteren Gesetze (vor dem E.E.G. vom 5. Mai 1872) erlangt hat, ist in dem Falle Nr. 1784 bejahend entschieden worden. Insoweit besteht kein Unterschied hinsichtlich der Wirkungen der Auflassung zwischen dem vor und während der Herrschaft der Gesetze vom 5. Mai 1872 eingetragenen Eigentümer. Aber auch der Satz gilt ohne diesen Unterschied, daß der Eingetragene nur das mit Rechtswirkung auflassen kann, was als sein Eigentum eingetragen ist, und was dies sei, kann nur nach den die Eigentumseintragung selbst beherrschenden Gesetzen, also hier für G. nach den älteren Gesetzen beurteilt werden. Nr. 2077. Nr. 1879. Ist hiernach anzunehmen, daß die streitige Wegestrecke von der zu Gunsten des G. erfolgten Besitztitelberichtigung nicht umfaßt wurde, so war die von G. erklärte Auflassung, auch wenn sie die Wegstrecke mit umfaßte, in Bezug auf dieselbe ohne die oben bezeichnete Rechtswirkung. Es ist aber in der That mit dem Berufungsrichter anzunehmen, daß die Besitztitelberechtigung für G. die Wegstrecke nicht mit umfaßt. Der Hypothekenordnung von 1783 war eine Spezialisierung des Umfanges der einzutragenden Grundstücke noch völlig fremd (§§ 33, 34 Tit. I der Hypothekenordnung). Der öffentliche Glaube des Hypothekenbuches aber (§§ 7 ff. I. 10 A.L.R.) konnte sich nur auf das erstrecken, was gesetzlich Gegenstand der Eintragung war. Das Hypothekenbuch wies mit öffentlichem Glauben immer nur das Eigentum „am Grundstücke überhaupt", nicht aber bezüglich der einzelnen Bestandteile, nach. Als solche konnten vielmehr immer nur diejenigen gelten und waren nur diejenigen durch die Eintragung auf dem Titelblatte mit eingetragen, welche thatsächlich im Augenblicke der Anlage des Hypothekenblattes dazu gehörten. Eingetragener Eigentümer war also nach der Bedeutung der Eintragung alten Rechtes G. hinsichtlich der unter Hinweis auf den

P.schen Situationsplan im Hypothekenbuche bezeichneten Fläche nur in denjenigen Grenzen und Bestandteilen, in welchen er sie zu Eigentum erworben hatte, also in denjenigen, in welchen sie ihm auf Grund des Kaufvertrages zu übergeben war und thatsächlich übergeben worden ist. Zu der vom Hypothekenbuche unabhängigen Prüfung, was hiernach als Gegenstand der Eintragung anzusehen, war der Inhalt des Kaufvertrages heranzuziehen, auch ohne daß derselbe einen integrierenden Teil des Titelblattes des Hypothekenbuches bildet, wie der Berufungsrichter meint. Auch der dort angezogene Situationsplan konnte zu dieser Prüfung benutzt werden. Entscheidend war aber, namentlich im Falle eines Widerspruches mit diesem Situationsplane, der auf Grund des Kaufvertrages und der Übergabe erlangte Besitz; was dem Käufer vertragsmäßig nicht zu übergeben war und thatsächlich nicht übergeben worden ist, gehört nach der dargelegten Bedeutung alten Rechtes nicht zu dem eingetragenen Grundstücke und kann nicht mit Rechtswirkung aufgelassen werden. G. hatte aber nach der Sachlage auf die Übergabe der fraglichen Fläche keinen Anspruch, und er hat den Besitz derselben infolge des Kaufvertrages thatsächlich nicht erlangt. G. hat also durch Auflassung die Streitfläche nicht auf den Beklagten übertragen können. Nr. 1750.

Nr. 2091. III. Sen. 16. November 1880. III. 635. 80. Bd. 3, Nr. 49, S. 171.

Klage wegen Aufhebung eines Gemeindeweges. (Gem. R.). Der Beklagte ist für nicht berechtigt erachtet, der Einziehung und Veräußerung der fraglichen Straßenstrecken, wie solche von der klagenden Stadtgemeinde beschlossen war, als Anlieger jener Straße zu widersprechen oder deshalb Schadensersatz zu verlangen. Ein Privatrecht des Beklagten auf die Benutzung der fraglichen Straßenstrecke könnte nur beruhen in einer seinem anliegenden Grundstücke zustehenden Servitut oder in einem gesetzlichen Nachbarrechte. Erstere könnte nur als auf einem entsprechenden stillschweigenden Vertrage zwischen der Gemeinde und den Anliegern beruhend gedacht werden, der durch die Herstellung der Straße einerseits und durch die Bebauung der Grundstücke andererseits zustande gekommen sei. Es fehlt aber die Berechtigung zu der Annahme, daß die Gemeinde eine privatrechtliche Verpflichtung habe auf sich nehmen wollen. Das Nachbarrecht aber gewährt nur Schutz gegen eine positive Beschädigung der Eigentumssubstanz, nicht einen Anspruch auf Erhaltung der Vorteile, die dem Grundeigentümer durch die bisherige Art der Verwendung des Nachbargrundstückes thatsächlich zuteil geworden sind. Im übrigen kann auch der Anspruch des Beklagten nicht auf eine zum Schutze des Rechts des Gemeingebrauchs öffentlicher Sachen, insbesondere der öffentlichen Wege, gegebene privatrechtliche Klage gestützt werden. Nr. 2092. Nr. 2093. Nr. 2089. Nr. 2094. Nr. 2095.

Nr. 2092. I. Hilfs-Sen. 7. März 1882. IVa. 126. 81. Bd. 7, Nr. 63, S. 213.

Veränderung einer städtischen Straße. Entschädigung. (Preuß. R.). Den Eigentümern der die städtische Straße begrenzenden Häuser muß dasjenige Recht der Benutzung der Straße in der ungehinderten Kommunikation mit derselben, dessen sie ihrer Lage nach bedürftig sind, nicht bloß vergönnungsweise, sondern dauernd und mit dem Charakter eines wohlerworbenen Rechts gewährt werden und Veränderungen in dem Niveau, wodurch jenem Rechte Eintrag geschieht, dürfen, wo solche im öffentlichen Interesse geboten sind, nur gegen Entschädigung vorgenommen werden. Das fragliche Recht erwächst auf dem Boden eines zwischen dem öffentlichen und dem Privateigentume bestehenden Verhältnisses. Das zwischen den an einer städtischen Straße belegenen Hausgrundstücken und der Straße bestehende Verhältnis ist ein (einseitiges oder wechselseitiges) Dienstbarkeitsverhältnis. Der Annahme eines solchen Verhältnisses steht die Eigenschaft der Straße als einer res publica nicht entgegen, da die dem gemeinen Gebrauche gewidmeten Sachen Gegenstand des Eigentumes sind, folglich auch Gegenstand einzelner dinglicher Privatrechte werden können, soweit sie dadurch dem öffentlichen

Gebrauche nicht entzogen werden. Wenn eine solche Befugnis äußerlich mit dem allgemeinen Gebrauchsrechte zusammenfällt z. B. eine Wegeservitut an einem öffentlichen Wege mit der Befugnis des Publikums zu dessen Benutzung, so alteriert dies ihren privatrechtlichen Charakter nicht. Das Verhältnis des Hauseigentümers zu der vorüberführenden Straße erschöpft sich nicht in der Jedermann zustehenden Befugnis, sich der Straße als Kommunikationsmittel zu bedienen, unterscheidet sich vielmehr wesentlich durch das besondere vermögensrechtliche Interesse, das der Hausbesitzer als solcher an dem Fortbestande und der ungeschmälerten Benutzbarkeit der Straße hat. Vergl. §§ 81, 78, 36ff. I. 8 A.L.R. Es ist also eine durch stillschweigenden Vertrag begründete Servitut anzunehmen. Nr. 2093. Nr. 2094. Nr. 2095. Nr. 1636. Nr. 2096.

Nr. 2093. II. Sen. 13. Februar 1883. II. 462. 82. Bd. 10, Nr. 76, S. 271.

Rechte der Angrenzer an eine städtische Straße. (Rhein. R.). Durch die zum Zwecke der Überführung der Eisenbahn bewerkstelligte bedeutende Erhöhung der Chaussee waren dem an derselben gelegenen Hausgrundstücke des Klägers erhebliche Nachteile entstanden. Die deshalb gegen die Eisenbahngesellschaft erhobene Entschädigungsklage ist auf Grund der Feststellung, daß die Chaussee bereits zur Zeit ihrer Höherlegung den Charakter einer städtischen Straße hatte, für begründet erachtet. Zwischen der Gemeinde und den Grundstückseigentümern, welche mit ihren Bauten an die Lage und Richtung der Straße gebunden sind und regelmäßig für die Instandsetzung bezw. Erhaltung derselben Lasten zu tragen haben, wird ein stillschweigendes Vertragsverhältnis begründet, welches gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten erzeugt und die Annahme eines rein prekären Verhältnisses auf seiten der Adjazenten ausschließt. Es macht keinen Unterschied, wenn ein Haus bereits früher, ehe die Straße den städtischen Charakter erlangte, bestanden hat. Der Umstand, daß eine solche Straße im öffentlichen Eigentum (domaine public) steht und res extra commercium ist, schließt nicht aus, daß an derselben, soweit sie mit ihrer Bestimmung vereinbar sind, private Nutzungsrechte, die sich juristisch als Servituten charakterisieren (Art. 637, 686 code civil), bestehen können. Wenn daher auch den Hauseigentümern gegen Dispositionen, die im öffentlichen Interesse an der Straße vorgenommen werden, ein Widerspruch nicht zusteht, so sind sie doch für solche Veränderungen, die eine Aufhebung oder erhebliche Beschränkung ihrer Benutzung zur Folge haben, entschädigungsberechtigt. (Art. 701 code civil). Nr. 2092. Bei Nr. 2091 handelte es sich um einen sachlich anders gearteten und nach gemeinrechtlichen Grundsätzen zu beurteilenden Fall. Nr. 2094. Nr. 2095.

Nr. 2094. V. Sen. 5. Juni 1889. V. 71. 89. Bd. 24, Nr. 50, S. 245.

Recht der Anwohner an öffentlichen Plätzen. (Preuß. R.). Die Errichtung von Bauten zu einem vorübergehenden Zwecke auf öffentlichen Plätzen enthält für die Anwohner keinen unbefugten Eingriff in ihr Eigentum. Das frühere preußische Obertribunal hatte sowohl für französisches als für preußisches Recht den Grundsatz aufgestellt, daß in Städten und Dörfern den Eigentümern der eine Straße begrenzenden Häuser dasjenige Recht der Benutzung der Straße in der ungehinderten Kommunikation mit derselben, dessen sie ihrer Lage nach bedürftig sind, nicht bloß vergönnungsweise, sondern dauernd und mit dem Charakter eines wohlerworbenen Rechtes gewährt werden müsse, und daß Veränderungen in dem Niveau, durch welche jenem Rechte Eintrag geschieht, wo solche im öffentlichen Interesse geboten sind, nur gegen Entschädigung vorgenommen werden dürfen. Dieser Ansicht ist das Reichsgericht sowohl für preußisches als für französisches Recht beigetreten. Nr. 2092. Nr. 2093. Einer weiteren Ausdehnung dieses Rechtsgrundsatzes ist das Reichsgericht für preußisches Recht mehrfach bestimmt entgegengetreten. Für das gemeine Recht hat das Reichsgericht ein Privatrecht des Anliegers an einer öffentlichen Straße überhaupt verneint. Nr. 2091. Diese Ansicht ist jedoch für die nach preußischem Rechte zu entscheidende gegenwärtige Streit-

sache nicht maßgebend. Legt man die in den vorerwähnten Urteilen ausgesprochenen Grundsätze zu Grunde, so ist die Beschwerde des Klägers unzutreffend. Eine Entziehung des Zuganges zu dem Hause hat nicht stattgefunden. Die Ausführung des Klägers, daß das Bankett zwischen dem Fahrwege und der Blumenanlage auf dem öffentlichen Platze zum Bürgersteige gehöre, wird vom Berufungsrichter mit Recht als unbegründet verworfen (vergl. § 81, I. 8 A.L.R.). Ein Recht auf einen weiteren Zugang zu seinem Hause außer dem Fahrwege und Bürgersteige (quer über den Platz) besitzt der Kläger als Adjazent nicht. Es ist auch keine Schmälerung des Lichtbedürfnisses für das Haus des Klägers eingetreten. Wenn der Kläger geltend macht, daß ihm zeitweise die Aussicht auf den Platz beschränkt sei, so fällt diese Beschränkung unter den Begriff der Entziehung von thatsächlichen Vorteilen, welche keinen Eingriff in das Recht des Adjazenten darstellt. Einer Erörterung der Frage, ob dem Anlieger an einem öffentlichen Platze geringere Befugnisse als dem Anlieger an einer Straße zustehen, bedarf es hiernach nicht. Nr. 1636.

Nr. 2095. VI. Sen. 28. November 1889. VI. 206. 89. Bd. 25, Nr. 50, S. 242.

Recht der Anlieger an einer öffentlichen Straße auf deren Benutzung. (Preuß. R.). In den Fällen Nr. 2092. Nr. 2093 handelte es sich um einen Schaden, den ein Hauseigentümer dadurch erlitten hatte, daß im Niveau der Straße, soweit diese an sein Hausgrundstück anstieß, Veränderungen vorgenommen waren, welche die Verbindung zwischen dem Hause und der angrenzenden Straße erschwerten oder gar gänzlich unterbrachen. Wesentlich anders liegt der vorliegende Fall. Soweit die Baustraße das Haus des Klägers berührt, ist sie unverändert geblieben. Eine Veränderung der Straße hat erst in einer Entfernung von etwa 120 m von den Grundstücken des Klägers stattgefunden, so daß dadurch die Verbindung zwischen dem Hause des Letzteren und der Straße nicht betroffen werden und ebensowenig der Befriedigung des Lichtbedürfnisses des Klägers Eintrag geschehen konnte. Für die Annahme aber, daß der Kläger eine Grundgerechtigkeit an der ganzen Baustraße, und zwar nicht bloß für sein Hausgrundstück, sondern auch für den unbebauten Grundstücksteil erworben und daß er danach ein Privatrecht auf das unveränderte Fortbestehen der Straße in ihrer ganzen Längenausdehnung gehabt habe, fehlt es an jedem gesetzlichen Grunde. Das Recht des Anliegers an der Straße läßt sich nicht weiter ausdehnen, als das Kommunikationsinteresse unbedingt erfordert, und derselbe kann nicht einen Ersatz für die Entziehung jedes thatsächlichen Vorteils beim Gebrauche der öffentlichen Straße beanspruchen; auch ist die Frage, ob den Eigentümern unbebauter Grundstücke ein Privatrecht auf Benutzung der öffentlichen Straße, an der sie liegen, zuzugestehen ist, zu verneinen. Wie sich ein Schadensersatzanspruch in Ermangelung eines Eingriffes in ein wohlerworbenes Recht des Klägers aus § 75 Einl. A.L.R. nicht rechtfertigen läßt, so stehen ihm auch sonstige gesetzliche Vorschriften, insbesondere weder die §§ 65—82, I. 8; §§ 2 ff. II. 15 A.L.R., noch die Vorschriften des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 oder des Straßengesetzes vom 2. Juli 1875 zur Seite. Nr. 2091. Nr. 1693. Nr. 1636. Nr. 2096.

Nr. 2096. V. Sen. 28. März 1896. V. 308. 95. Bd. 37, Nr. 65, S. 252.

Begrenzung des Rechts an einer öffentlichen Straße, das den Eigentümern der an der Straße liegenden Häuser zusteht. (Preuß. R.). Im Jahre 1893 ist die A.straße in Erfurt zum Zwecke ihrer Unterführung unter der die Straße bis dahin in gleichem Niveau kreuzenden Eisenbahn tiefer gelegt worden. Die Klägerinnen, Eigentümer eines an dieser Straße belegenen Hauses, halten sich durch die Veränderung der Straße in ihren Rechten als Eigentümer und Straßenanlieger beeinträchtigt und haben gegen die Stadtgemeinde Entschädigungsansprüche erhoben, die ihnen das Berufungsgericht unter Abänderung des abweisenden Urteils der ersten Instanz in Höhe von 4251,25 Mk. zugesprochen hat. Das Reichsgericht hat der Revision der Beklagten teilweise statt-

gegeben. Die Klage ist auf § 75 Einl. A.L.R. gestützt. Die im öffentlichen Interesse angeordnete Maßregel soll einen Eingriff in die Privatrechte der Klägerinnen in zwiefacher Hinsicht enthalten, einmal sei die Erniedrigung der Straße dem § 187, I. 8 A.L.R. zuwider bis hart an den vor dem Hause der Klägerinnen befindlichen Vorgarten erfolgt, sodann verletze die mit der Tieferlegung der Straße verbundene Erschwerung der Zugänglichkeit des Grundstücks der Klägerinnen das servitutische Recht der Hausgrundstücke an einer städtischen Straße auf ungehinderte Kommunikation mit ihr. Infolge der Tieferlegung der Straße ist die Befestigung des Grundstücks längs des Bürgersteiges durch eine Futtermauer und Anbringung zweier Treppenaufgänge innerhalb der letzteren erforderlich und durch die Beklagte bewirkt worden. Der von den Klägerinnen liquidierte Schade soll nun einerseits in den Aufwendungen für Erhaltung und Reinigung der Futtermauer und der Treppe, andererseits in der infolge der erschwerten Kommunikation eingetretenen Verminderung des Nutzungswertes des in dem Hause befindlichen Verkaufsladens bestehen. In beiden Richtungen hat der Berufungsrichter den Entschädigungsanspruch für begründet erachtet und zwar so, daß er als Verpflichtungsgrund für den Ersatz des aus der Erschwerung der Kommunikation entspringenden Schadens die Verletzung des servitutischen Rechts des Straßenanliegers, als Verpflichtungsgrund für die Schadloshaltung wegen des Mehraufwandes für Erhaltung der Futtermauer und der Treppen sowie der Reinigung der letzteren die Nichtbeachtung der nachbarrechtlichen Vorschrift des § 187 a. a. O. annimmt. Die Revision greift das Berufungsurteil in beiden Punkten an. Sie ist begründet, soweit die Verurteilung der Beklagten auf der Annahme einer Verletzung des servitutischen Rechts der Klägerinnen als Straßenanlieger beruht. Ausgehend von dem durch das Reichsgericht in feststehender Rechtsprechung anerkannten Satze, daß zwischen den an einer städtischen Straße belegenen Hausgrundstücken und der Straße ein auf einen stillschweigenden Vertrag zurückzuführendes Dienstbarkeitsverhältnis besteht, vermöge dessen dem Hauseigentümer das Recht auf ungehinderte Kommunikation auf und mit der Straße als ein wohlerworbenes Vermögensrecht zusteht, gelangt der Berufungsrichter zu der Annahme, „daß die Erhöhung oder Erniedrigung der Straße dann eine Verletzung des Anliegers enthält, wenn infolge der Änderung des Niveaus die Kommunikation zwischen Haus und Straße e r s c h w e r t oder aufgehoben wird". Dieser Satz wird, sofern er schlechthin jede Erschwernis in der Kommunikation als einen Eingriff in die Rechte des Anliegers hinstellt, von der Revision mit Recht als zu weit gehend angegriffen. Er steht auch insoweit nicht im Einklange mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Schon in der von der Konstruktion des servitutischen Rechts des Straßenanliegers grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts Nr. 2092 ist darauf hingewiesen, daß die Befugnisse der Adjazenten an der Straße stets der Hauptbestimmung der letzteren untergeordnet bleiben. Weitere die Entschädigungspflicht einschränkende Konsequenzen aus diesem Satze zu ziehen, bot die damalige Sachlage keinen Anlaß, weil es sich damals um eine außerhalb der Zwecke der Straße handelnde Anlage handelte. In der Entscheidung in Gruchots Beiträgen Bd. 31, S. 980 ist ein Anspruch der Hausbesitzerin auf Ersatz des infolge Erhöhung des Bürgersteiges ihr erwachsenen Schadens nur aus dem Fundamente des Nachbarrechts (§ 185, I 8. A.L.R.) zugelassen worden. Der dort entschiedene Fall liegt allerdings dem hier vorliegenden insofern nicht gleich, als es sich dort nicht um eine Erschwerung der K o m m u n i k a t i o n, sondern um andere mit dem servitutischen Verhältnisse des Hauses zur Straße nicht in Beziehung stehende Nachteile handelte. Es ist aber dort ausgesprochen, daß ein Recht eines Hauseigentümers des Inhalts, daß an der vorüberführenden Straße keine ihm in irgend einer Beziehung nachteilige Veränderung vorgenommen werden dürfe, aus dem servitutischen Verhältnisse zwischen Haus und Straße nicht herzuleiten sei und daß das Recht des Hauseigentümers an der Straße nicht weiter gehe, als sich aus der Natur und dem Zwecke der Straße von selbst ergebe. Im Weiteren ist dann das Recht der Hausbesitzer auf Benutzung der an ihrem Besitztum vorüberführenden Straße gekenn-

zeichnet als „das Recht, sich der aus der Existenz der Straße nach deren Bestimmung ihrem Grundstücke erwachsenden Vorteile zu bedienen". In Übereinstimmung hiermit ist auch in dem Urteile Nr. 2095 hervorgehoben, daß das Recht der Straßenanlieger auf Benutzung der Straße keinen weiteren Inhalt und Umfang haben könne, „als sich aus der Natur und dem Zwecke der Straße mit Notwendigkeit von selbst ergiebt". Auch in einem Falle aus dem Bereiche des rheinischen Rechts (von 1892), wo es sich wie hier um eine Erschwerung des Zuganges zu einem an einer städtischen Straße belegenen Hause handelte, hat das Reichsgericht ausgesprochen, daß ein Recht der Anlieger auf ein unverändertes Fortbestehen der Straße nicht anzuerkennen sei und ein Anspruch auf Entschädigung ihnen nur dann zustehe, wenn die im öffentlichen Interesse an der Straße vorgenommenen Veränderungen eine Aufhebung oder erhebliche Beschränkung ihrer Benutzung zur Folge habe, daß aber für unwesentliche Beeinträchtigungen bei dem Gebrauche der Straße ein solcher Anspruch nicht gegeben sei. Hinsichtlich der Art und des Zweckes der bei einer städtischen Straße vorkommenden Veränderungen ist in dem Urteile im Falle Nr. 1636, wo es sich um einen Entschädigungsanspruch wegen einer durch eine Änderung der Höhenlage der Straße bedingte vorübergehende Störung der Kommunikation handelte, unterschieden, ob die Störungen der Kommunikation auf Reparaturen und Verbesserungen der Straße selbst zurückzuführen sind oder sonstigen Zwecken der Straße entspringen, in welchen Fällen ein Entschädigungsanspruch nicht gegeben sei, oder ob, wie in dem dort entschiedenen Falle, die mit der Straße vorgenommenen Veränderungen außerhalb der Zwecke liegen, denen der Regel nach die öffentliche Straße zu dienen hat. Dieselbe Auffassung liegt einer älteren Entscheidung des Reichsgerichts (von 1887) zu Grunde, worin zutreffend darauf hingewiesen wird, daß die Vorteile, die für die Anlieger an Straßen des öffentlichen Verkehres durch diese Lage erwachsen, bedingt sind durch die Erhaltung solcher Straßen in einem für den Verkehr erforderlichen ordnungsmäßigen Zustande, woraus dann gefolgert wird, daß Nachteile, die infolge von Reparaturen und Neubauten zum Zwecke solcher Erhaltung den Anlieger treffen, nicht die Grundlage für Entschädigungsansprüche abgeben können. Aus allen diesen Entscheidungen ergiebt sich als leitender Grundsatz, daß das servitutische Recht des Hausbesitzers an der an seinem Grundstücke vorüberführenden Straße begrenzt und bedingt ist durch die Zweckbestimmung der Straße selbst dergestalt, daß der Hausbesitzer sich alle Veränderungen gefallen lassen muß, die dazu dienen, die Straße in dem Zustande zu erhalten oder auch in den Zustand zu setzen, in dem sie ihrer Bestimmung am vollkommensten genügen kann, sofern nur die Straße auch ferner als Kommunikationsmittel erhalten bleibt. Mit dieser Maßgabe schließt der stillschweigende Vertrag, auf den das servitutische Recht des Straßenanliegers zurückgeführt wird, den stillschweigenden Vorbehalt ein, daß die Stadtgemeinde mit der Straße dem Zwecke derselben entsprechende Veränderungen vornehmen kann. Derartige Veränderungen enthalten daher keinen Eingriff in die Rechtssphäre des Anliegers. Im vorliegenden Falle hat unbestritten die Tieferlegung der A.straße zu dem Zwecke stattgefunden, die Unterführung der Straße unter der bis dahin in gleicher Höhe kreuzenden Eisenbahn zu ermöglichen und dadurch eine direkte durch den Eisenbahnverkehr nicht gestörte Verbindung mit der L.straße und dadurch mit der inneren Stadt herzustellen. Hiernach liegt das Unternehmen, in dessen Ausführung die Tieferlegung der Straße an dem klägerischen Grundstücke erfolgt ist, ganz innerhalb der Bestimmung der Straße, als Kommunikationsmittel für die Einwohner der Stadt überhaupt und speziell auch für die Anwohner der Straße selbst zu dienen, welche Letztere an den Vorteilen, die das Unternehmen bietet, in erster Linie Anteil nehmen. Es kann daher die Tieferlegung der Straße als ein die Stadtgemeinde zur Entschädigung gemäß § 75 Einl. A.L.R. verpflichtender Eingriff in das Eigentum nicht angesehen werden. Damit fällt der Anspruch, soweit er auf Verletzung des servitutischen Rechts der Straßenanlieger gestützt ist, ohne daß es einer Abwägung und Aufrechnung der Vor- und Nachteile, die dem

klägerischen Hause aus dem Unternehmen erwachsen sind, bedarf. — Dagegen hat das Reichsgericht den Entschädigungsanspruch, soweit er aus der Verletzung der nachbarrechtlichen Vorschrift des § 187, I. 8 A.L.R. erhoben und auf den durch die Erhaltungskosten der Futtermauer und der Treppen, sowie die erhöhten Reinigungskosten bedingten Mehraufwand gestützt ist, für begründet erachtet.

Nr. 2097. II. Sen. 13. April 1880. II. 64. 80. Bd. 1, Nr. 150, S. 420.

Gemeindewege. (Bad. R.). Aus dem behaupteten Aufgeben des öffentlichen Weges durch den Staat und dem Übergange der Unterhaltung desselben auf die Gemeinde kann nicht gefolgert werden, daß der Staat den Weg als Privateigentum übertragen habe und die Gemeinde dies Eigentum erworben habe. Landrechtssatz 538.

Nr. 2098. III. Sen. 26. Februar 1897. III. 289. 96. Bd. 38, Nr. 59, S. 220.

Umfang der Haftung juristischer Personen für den Zustand öffentlicher Wege, deren Erhaltung ihnen obliegt. (Gem. R.). Insoweit der Schadensersatzanspruch des Klägers wegen des in der Nacht vom 4./5. Juli 1894 erlittenen Unfalles gegen die Stadt G. zurückgewiesen war, ist diese Entscheidung vom Berufungsgericht bestätigt; dagegen hat es, abweichend vom ersten Richter, den Klaganspruch gegen den Bezirksverband des Regierungsbezirks K. dem Grunde nach für berechtigt erkannt. Die gegen diese Entscheidung vom Bezirksverbande eingelegte Revision ist nicht begründet. Es steht fest, daß die Unfallstelle in der Bremer Landstraße in einer Entfernung von 30 Centimeter vom städtischen Gebiete liegt. Es befindet sich dort eine unverschlossene und nicht eingefriedigte circa 52 Centimeter tiefe Öffnung mit steilen Rändern, die dem Wasserdurchlasse dient. Die Bremer Landstraße mit dem Wasserdurchlasse ist vom kurhessischen Fiskus erbaut, von diesem auf den preußischen Staat und weiter auf den beklagten Bezirksverband übergegangen, dem seither nach den Bestimmungen der kurhessischen Gemeindeordnung bezw. der hessischen Wegeordnung vom 24. Dezember 1819 die ordnungsmäßige Instandhaltung der Landstraße und des Wasserdurchlasses obliegt. Es steht ferner durch das Gutachten des vernommenen Sachverständigen fest, daß die gedachte Öffnung, in der der Kläger einen Beinbruch erlitt, einen ordnungswidrigen die Sicherheit des passierenden Publikums gefährdenden Zustand enthielt. Damit ist der erhobene Schadensersatzanspruch dem Grunde nach liquid gestellt. Denn wenn auch der Bezirksverband die Anlage nicht selbst geschaffen hat, so ist doch seit ihrer Übernahme durch ihn ein langjähriger Zeitraum verflossen, innerhalb dessen ihm bei ordnungsmäßiger Kontrolle und Aufsicht die Sachlage nicht entgehen konnte. Daß diesem Zustande nicht abgeholfen ist, muß ihm auch dann zum Verschulden angerechnet werden, wenn sich seit Anlage der Straße keine Unglücksfälle zugetragen haben. Unbegründet ist auch die Ausführung der Revision, daß der Bezirksverband nur für ein Verschulden der ihn im Willen vertretenden Organe hafte und deren Kenntnis von dem gefährdenden Zustande des Wasserdurchlasses nicht nachgewiesen sei. Auf eine derartige Unkenntnis würde sich der Beklagte nicht berufen dürfen, da es sich nicht um eine plötzlich eingetretene Beschädigung des öffentlichen Weges handelt, sondern um einen dauernden fehlerhaften Zustand, für den der Reparaturpflichtige verantwortlich ist, gleichviel ob er ihn gekannt hat oder nicht, da seine Pflicht zur Instandhaltung des Werkes nicht nur die Ausbesserung entdeckter Mängel, sondern auch die Erforschung derartiger Übelstände umfaßt. Auch die Einrede des eigenen Verschuldens des Klägers ist mit Recht zurückgewiesen. Ein Verschulden des Letzteren kann namentlich nicht darin gefunden werden, daß er beim Passieren der Landstraße keine Laterne trug; denn es bestand keine Verpflichtung des Klägers, sich bei Benutzung des öffentlichen Weges durch besondere Vorsichtsmaßregeln gegen die Gefahren zu schützen, die durch Verschulden des Beklagten herbeigeführt sind.

§ 87.

Wasserrecht.

E.G. Art. 65.

Windscheid I. § 146 Nr. 3. Stobbe I. § 64. II. § 144. Dernburg I. §§ 251—256.

Nr. 2099. III. Sen. 14. März 1890. III. 336. 89. Bd. 25, Nr. 34, S. 165.

Aufnahme des vom Nachbargrundstücke zufließenden Regenwassers. (Gem. R.). Über die Frage, wieweit sich ein Grundbesitzer den Zufluß des Regenwassers oder des durch Regengüsse angeschwollenen Hochwassers (vergl. l. 1 pr. Dig. de aqua et aq. pl. arc. 39, 3) vom Nachbargrundstücke gefallen zu lassen habe, entscheiden gemeinrechtlich die Grundsätze über die aquae pluviae arcendae actio, mag man nun diese oder die negatorische Klage, welche beide in dem vorliegenden Falle konkurrieren, als angestellt annehmen. Jede Immission von Gewässern aus einem höheren in ein tiefer gelegenes Grundstück erscheint nun als eine unberechtigte, wenn sie auf einer willkürlichen Veranstaltung des Besitzers (opus manu factum) beruht, durch welche der natürliche Lauf des Wassers zum Nachteil des Nachbargrundstückes verändert wird (vergl. l. 1 §§ 1, 10, 14, 15 Dig. 39, 3; l. 3 § 2, l. 24 § 1 Dig. eod.). Es ist aber jedes opus manu factum schon deswegen (objektiv) rechtswidrig, wenn es jenen Erfolg hat, es braucht nicht gerade zum Zwecke der Zuleitung des Wassers, mit welcher jener Erfolg verbunden war, vorgenommen worden zu sein. Für eine solche Beschränkung würde auch die ratio legis fehlen, da es sich nicht um eine Deliktsklage handelt, rein objektiv genommen aber die Beschädigung eintritt, mag das opus eine Änderung des natürlichen Wasserlaufes bezwecken oder nur thatsächlich zur Folge haben. (Vergl. l. 4, l. 3 § 2 Dig. eod.). Der abweichenden Ansicht im Falle Nr. 2126 ist nicht beizutreten.

Nr. 2100. III. Sen. 9. Januar 1883. III. 360. 92. Bd. 8, Nr. 34, S. 134.

Unvordenkliche Verjährung. Wasserrecht. (Gem. R.). Das römische Recht unterscheidet zwischen der fließenden Welle (aqua profluens) und dem Bette und Ufer des Gewässers. Erstere, auf die es hier allein ankommt, wird bei Flüssen und Bächen als res communis, also als eine Sache, deren Benutzung Jedem freisteht, bezeichnet. Aus diesem gleichen Anrechte Aller leitete das römische Recht eine Reihe von Beschränkungen für die Gebrauchsbefugnisse der einzelnen Uferbesitzer her. Danach besteht für das römische Recht der Rechtssatz, daß jeder obere Anlieger sein Recht auf Ableitung und Nutzung des Wassers nur unter Schonung des gleichen Rechtes des unteren Anliegers ausüben darf. Dies ist auch für das deutsche Recht anzunehmen. Daraus folgt weiter der Rechtssatz, daß, abgesehen von wohlerworbenen Sonderrechten, der obere Anlieger wegen seines beschränkten Gebrauchsrechts das von ihm nicht benutzte abgeleitete Wasser im Interesse des unteren Anliegers dem Flusse oder Bache wieder zuführen muß. Durch Immemorialverjährung kann die Befugnis, andere Gleichberechtigte von der Benutzung des Wassers auszuschließen, nur dann erworben werden, wenn die Benutzung eine ausschließende gewesen ist. Es muß ein Rechtszustand dargethan werden, der durch erkennbare Thatsachen nach außen das Merkmal der Ausschließlichkeit gegenüber dritten Gleichberechtigten seit Menschengedenken manifestiert. Nr. 2135. Nr. 2111. Nr. 1835.

Nr. 2101. III. Sen. 12. März 1889. III. 5. 89. Bd. 23, Nr. 31, S. 147.

Sonderrechte an öffentlichen Gewässern. Erwerb durch ordentliche und außerordentliche Ersitzung. Rechtsverhältnisse eines Mühlgrabens. Rechtliche Bedeutung der Setzung eines Eichpfahles. (Gem. R.). Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts dienen die öffentlichen Gewässer dem Gemeingebrauche Aller, welche die rechtliche

Möglichkeit des Zutrittes haben; Sonderrechte an solchen Gewässern, welche ein ausschließliches oder Vorzugsrecht Einzelner zu einer bestimmten Wassernutzung begründen, können nur durch einen Akt der Staatsgewalt oder durch unvordenkliche Verjährung erworben werden. Der Beklagte hätte daher, da er die Befugnis in Anspruch nimmt, das Wasser ohne Rücksicht auf das oberhalb der Mühle belegene Werk allein oder doch vorzugsweise als Triebkraft zu benutzen und demzufolge das Wassertriebwerk des Klägers durch Erhöhung des Wehres jener Mühle auf seinen jetzigen Stand zu beschränken, behaupten und darthun müssen, daß entweder seinen Rechtsvorgängern im Besitze der Mühle durch Verleihung des Landesherrn oder der Staatsregierung ein solches Recht zugestanden worden sei oder daß er und seine Rechtsvorgänger sich seit unvordenklicher Zeit im Besitze dieser Befugnis befunden haben. Dagegen kann sich der Beklagte nicht auf den Rechtstitel der ordentlichen oder der außerordentlichen Ersitzung stützen. Denn der Mangel eines Privilegiums sowohl wie der einer Konzession der Staatsgewalt kann eben nur durch den Rechtstitel der unvordenklichen Verjährung ersetzt werden. Das Urteil im Falle Nr. 2127 stützt sich ausschließlich auf preußisches Recht, insbesondere auf das preußische Gesetz vom 28. Februar 1843 § 13 und kann um so weniger hierher gezogen werden, als jenes Recht die unvordenkliche Verjährung nicht kennt. Es begründet ferner keinen Unterschied in der rechtlichen Beurteilung der Sache, daß hier nicht ein Rechtserwerb gegen den Staat (Fiskus), sondern ein solcher gegenüber dem Besitzer des oberen Triebwerkes in Frage steht. Durch die staatliche Konzession erlangt der Konzessionsträger ein Privatrecht auf die Wassernutzung in den verliehenen Grenzen, das ihm durch willkürliche Eingriffe Dritter nicht entzogen oder geschmälert werden darf. Jede einseitige Änderung des solchergestalt geordneten Zustandes ist zugleich im öffentlichen Interesse verboten und kann von der Staatsgewalt und dem dadurch benachteiligten Mitberechtigten je nach der Art des Eingriffes auf dem Verwaltungswege oder durch Anrufen der Gerichte rückgängig gemacht werden. Unerheblich ist es, daß das Wassertriebwerk des Klägers nicht an dem Flusse selbst, sondern an einem über den Grund und Boden des Klägers führenden Mühlgraben angelegt ist, der als ein Seitenarm des öffentlichen Baches dessen Wasser aufnimmt. Auch wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß nach gemeinem deutschen Recht das in einem künstlichen über Privateigentum geführten Graben enthaltene Wasser stets die Eigenschaft eines Privatgewässers annehme, eine Frage, die streitig ist und hier nicht entschieden zu werden braucht, so kommt hier doch in Betracht, daß nach dem maßgebenden partikularen (hessischen) Recht auch die Errichtung eines Wassertriebwerkes am Seitenarm eines öffentlichen Gewässers der staatlichen Konzession unterliegt und die Rechte und Pflichten der an der Benutzung der Wasserkraft Beteiligten durch den Inhalt dieser Konzession nicht weniger geregelt werden, als wenn die Anlage eines Werkes unmittelbar im öffentlichen Flusse oder Bache selbst gestattet worden wäre. Dazu kommt, daß die Erhöhung der Stauvorrichtungen durch den Ober- oder den Untermüller notwendig auf den Gang des konzessionierten unteren oder oberen Triebwerkes zurückwirkt. Denn das fließende Wasser bildet eine natürliche zusammenhängende Masse, bei der sich die Einwirkungen, welche sie an einem Orte empfängt, nach unten oder oben mitteilen und dadurch schädigend in ein fremdes Rechtsgebiet eingreifen können. Auf diese Eigentümlichkeit des fließenden Wassers muß bei der juristischen Behandlung des Gegenstandes, der Entscheidung von Streitigkeiten unter den Interessenten die geeignete Rücksicht genommen werden. — Die Setzung eines Eichpfahles an der Mühle hatte im vorliegenden Falle nicht die Bedeutung eines rechtsbegründenden Verwaltungsaktes oder auch nur die der öffentlichen Beurkundung eines bestehenden Rechts, vielmehr hat es sich hierbei ausschließlich um die Beurkundung einer Thatsache gehandelt. Das kreisamtliche Protokoll stellt die Errichtung des Eichpfahles sowie die Lage und die Konstruktionsart des an der Mühle des Beklagten angebrachten Schleusenwehres fest, fügt aber hinzu, „daß der Eichpfahl die dermalen bestehende

Wehrhöhe fixiere". Unter den obwaltenden Umständen charakterisiert sich die angeordnete Verwaltungsmaßregel ihrem Erfolge nach als eine rein polizeiliche, deren Vollzug die demnächstige Geltendmachung entgegenstehender Privatrechte der Interessenten nicht ausschloß. Wenn die Vorinstanzen durch Auslegung der von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen und der Beurkundung des Vorganges zu dem eben gedachten Ergebnisse gelangt sind, so ist dies nicht rechtsirrtümlich und verstößt auch nicht gegen die im Falle Nr. 2132 ausgesprochenen Grundsätze.

Nr. 2102. II. Hilfs-Sen. 23. September 1880. V$^{a.}$ 203. 79. Bd. 3, Nr. 65, S. 232.
Eigentum am Bette eines öffentlichen Flusses. (Preuß. R.). Jedes dauernd fließende Gewässer besteht aus: dem fließenden Wasser, dem Bette, worin sich dasselbe bewegt, und den Ufern. Diese Bestandteile zusammen bilden ein integrierendes, je nach der Größe „Strom", „Fluß" oder „Bach" genanntes Ganze. Die von dem Gesetze dem Ganzen beigelegte rechtliche Eigenschaft wohnt allen Bestandteilen desselben bei, soweit nicht das Gesetz über die rechtliche Qualität eines einzelnen Teils eine besondere Vorschrift enthält. Das A.L.R. enthält in § 55, II. 15 in Übereinstimmung mit dem römischen Recht, vergl. l. 30 § 1 Dig. de acquir. rer. dom. 41, 1, eine besondere Vorschrift über die rechtlichen Eigenschaften der Bestandteile der öffentlichen Flüsse nur in betreff der Ufer, dagegen nicht in betreff des Wassers und des Bettes derselben. Wenn daher der sich auf alle öffentliche Flüsse beziehende § 21, II. 14 A.L.R., dem Ganzen die Eigenschaft des gemeinen Eigentums des Staats beilegt, so muß sie sowohl auf das Flußwasser als auch auf das Flußbett bezogen werden. Das Flußbett ist also, ebenso wie die hinströmende Wasserwelle selbst, weil zum Gebrauch für Jedermann bestimmt, res communis omnium, eine res nullius und deshalb eine res publica. Dem stehen die Bestimmungen §§ 242 ff. I. 9. §§ 67 ff. II. 15 A.L.R. nicht entgegen. Kläger gründet die Klage auf sein Eigentum an dem Bette der O., eines öffentlichen Flusses; zum Beweise seines Eigentums daran beruft er sich nur auf die Thatsache, daß er Eigentümer einer an die O. grenzenden Wiese ist. Hieraus folgt aber sein Eigentum an dem vom Wasser bedeckten Bette der O. nicht, seine Klage ist daher unhaltbar. Nr. 2104.

Nr. 2103. II. Hilfs-Sen. 10. Februar 1881. V$^{a.}$ 281. 80. Bd. 4, Nr. 71, S. 258.
Rechte des Fiskus an öffentlichen Flüssen. (Preuß. R.). Das gemeine Eigentum des Staates (§ 21, II. 14 A.L.R.) an einem von Natur schiffbaren Flusse schließt das besondere Eigentum eines Einzelnen an dem Flusse und dem dazu gehörigen Bette aus. Deshalb hat Niemand ein Privateigentum an dem Bette des Flusses und zwar weder der Fiskus noch die Anlieger. Der Fiskus hat daher auch so wenig wie ein Anderer ein aus dem Privateigentum herzuleitendes, ausschließliches Recht, aus dem Bette eines von Natur schiffbaren Flusses Steine zu entnehmen; zu den Nutzungen des Flusses gehören die in seinem Bette lagernden Steine nicht (§ 38, II. 15 A.L.R.). Aber nach der sich aus dem gemeinen Eigentum des Staates ergebenden Bestimmung der von Natur schiffbaren Flüsse, unbeschadet der sich aus dem Regal ergebenden Rechte des Fiskus dem gemeinen Gebrauche zu dienen, hat ein Jeder das Recht, sich die in dem Flußbette liegenden Steine anzueignen, falls ihm dies nicht von der Flußpolizei im öffentlichen Interesse untersagt wird. Liegt ein Steinblock auf dem bei gewöhnlichen d. h. mittlerem Wasserstande sichtbaren Ufer, so ist er nach § 248, I. 9 und § 55, II. 15 A.L.R. als das Eigentum dessen anzusehen, dessen Grundstück an dieser Stelle unmittelbar an das Ufer stößt. Nr. 2104. Nr. 2106.

Nr. 2104. IV. Sen. 26. Oktober 1893. IV. 364. 93. Bd. 32, Nr. 58, S. 237.
Anspruch des Fiskus auf Vergütung für Gestattung der Entnahme von Eis aus öffentlichen Flüssen. (Preuß. R.). Im Gebiete des preußischen A.L.R. kann der Fiskus für die Entnahme von Eis aus öffentlichen Strömen eine Vergütung beanspruchen.

Zutreffend geht das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf § 21, II. 14 A.L.R. davon aus, daß öffentliche Flüsse d. h. die von Natur schiffbaren Ströme (hier die Havel und ihre Erweiterungen zu Seen) zwar nicht im Privateigentume, wohl aber im gemeinen Eigentume des Staates stehen. Mit Recht wird ferner gegenüber der von den Klägern aufgestellten Behauptung eines allgemeinen Gebrauchrechts an den öffentlichen Flüssen in dem Berufungsurteil auf § 24, II. 14 und § 38, II. 15 A.L.R. hingewiesen, wonach die Nutzungsrechte an dem gemeinen Eigentume des Staates und insbesondere die Nutzungen solcher Ströme, die von Natur schiffbar sind, zu den Regalien gehören. Diese Nutzungen sind als fiskalisches Eigentum anzusehen. In gewissen Beziehungen ist allerdings der Gebrauch des Wassers der öffentlichen Flüsse, wenn auch zum Teil nur in bedingter Weise, einem Jeden gestattet. §§ 44, 46, 47, II. 15 A.L.R. Darin sind jedoch nur einzelne Einschränkungen der durch § 24, II. 14 und § 38, II. 15 A.L.R. begründeten Eigenschaft der Nutzungen der öffentlichen Flüsse als Regalien des Staates zu erblicken. Nach den zur Anwendung kommenden Bestimmungen des preußischen A.L.R. ist anzunehmen, daß vermöge dieser Eigenschaft der Nutzungen der öffentlichen Flüsse als Regalien anderen Personen als dem Staate ein Nutzungsrecht an den öffentlichen Flüssen nur insoweit zusteht, als die Nutzung gesetzlich ausdrücklich für zulässig erklärt ist, und diese Zulässigkeit ist bezüglich der Entnahme des Eises nicht ausgesprochen. Dem Berufungsgericht ist auch darin beizutreten, daß das Eis zu den Nutzungen der öffentlichen Flüsse gehört. Verfehlt würde freilich die Annahme sein, daß das Eis eine Frucht im Sinne des § 220, I. 9 A.L.R. darstelle. Das Eis kann nicht als aus dem Wasser entstandenes Produkt angesehen werden, ist vielmehr Substanz des Flusses. Es wird aber als durchgreifende Erwägung von dem Berufungsgericht mit Recht geltend gemacht, daß das Eis (d. h. dessen Entnahme und Gebrauch) zu den Nutzungen im Sinne des § 110, I. 2 A.L.R. gehört, weil nach dieser Vorschrift als Nutzungen die Vorteile zu betrachten sind, welche eine Sache ihrem Inhaber unbeschadet ihrer Substanz gewähren kann, diese Voraussetzung aber bezüglich des Eises mit Rücksicht auf den nach dessen Entnahme durch regelmäßigen Zuwachs eintretenden Ersatz der Substanz vorliegt. Diese Auffassung entspricht der grundsätzlichen, insbesondere auch in den Bestimmungen über die Rechte des Nießbrauchers laut der §§ 31 ff. I. 21 A.L.R. hervortretenden Rechtsanschauung. Ist hiernach das Eis der Havel und der von ihr gebildeten Seen dem Nutzungsrechte des Staates unterworfen, so erscheint damit auch das von den Klägern als Privatpersonen in Anspruch genommene Okkupationsrecht für ihre Brauereien und Schlächtereien ausgeschlossen. Die Entscheidungen in den Fällen Nr. 2102. Nr. 2103 beruhen auf wesentlich verschiedener thatsächlicher und rechtlicher Grundlage. Da infolge des dem Staate zustehenden Nutzungsrechts der von den Klägern bekämpfte Anspruch des beklagten Fiskus auf eine Vergütung für Überlassung von Eis aus den in Rede stehenden Gewässern gerechtfertigt erscheint, so hat das Berufungsgericht die auf Feststellung des Nichtbestehens dieses Anspruches gerichtete Klage mit Recht abgewiesen.

Nr. 2105. V. Sen. 14. Juli 1894. V. 77. 94. Bd. 33, Nr. 79, S. 331.

Rechtsstellung der Strombauverwaltung zu Anlandungen. § 5 Abs. 2 des Gesetzes vom 20. August 1883. (Preuß. R.). Die Kgl. preußische Strombauverwaltung hat durch Verfügung des zuständigen Lokalbaubeamten vom 11. Februar 1886 auf Grund des § 5 des Gesetzes vom 20. August 1883 betreffend die Befugnisse der Strombauverwaltung diejenigen Anlandungen für den Staat in Besitz und Nutzung genommen, welche sich, angeblich infolge der durch den Staat ausgeführten Buhnenarbeiten, in der Weichsel vorlängs des Gutes des Beklagten gebildet haben. Der Beklagte hat im Jahre 1892 von diesen Anlandungen Weidengesträuch im Werte von 174,30 Mk. entnommen und sich angeeignet, auch im Herbst 1892 die fiskalischen Arbeiter von den Anlandungen vertrieben. Deshalb hat der Strombaufiskus mit dem Antrage geklagt,

den Beklagten zu verurteilen 1. ihm 174,30 Mk. nebst Zinsen seit der Klagzustellung zu zahlen, 2. sich jeder Störung des Klägers im Besitze und in der Nutzung der Anlandungen bei Strafe zu enthalten. Das Landgericht hat die Klage wegen unzulässiger Verbindung der Besitzklage mit der Klage aus dem Recht selbst (§ 232 C.P.O.) abgewiesen; das Oberlandesgericht hat ganz nach dem Klagantrage erkannt. Den aus der Verbindung der Anträge 1 und 2 entnommenen Abweisungsgrund des Gerichts erster Instanz, auf den die Revision zurückgreift, hat das Berufungsgericht mit Recht verworfen. Nicht nur hätte dieser Grund in keinem Falle zur Abweisung der beiden Anträge führen dürfen, solange nicht dem Kläger durch Hinweisung auf die für unzulässig erachtete Verbindung beider Anträge seitens des Gerichts Veranlassung gegeben war, einen der beiden Anträge für den jetzigen Prozeß zurückzuziehen (§ 130 C.P.O.); sondern es liegt auch überhaupt der Fall des § 232 Abs. 2 C.P.O. nicht vor. In jener Vorschrift ist vorausgesetzt, daß die Besitzklage, mit der jene andere Klage nicht verbunden werden darf, eine solche ist, welcher eine davon unterscheidbare Klage auf Geltendmachung des Rechts selbst gegenübersteht. Vergl. die Quelle der fraglichen Vorschrift, den Art. 25 des code de proc. civil: „Le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés." Dies trifft bei der vorliegenden „Besitzklage" (Klagantrag 2) nicht zu. Nach § 5 Abs. 2 des cit. Gesetzes ist die Strombauverwaltung berechtigt, die künstlich erzeugten Anlandungen, auch soweit sie schon früher entstanden sind, auszubilden und bis zu einem bestimmten Maße zu befestigen. „Zu diesem Zwecke tritt der Staat in den Besitz und in die Nutzung derselben", obwohl (Abs. 1 das.) das Eigentum auch der künstlich erzeugten Anlandungen schon von ihrer Entstehung an (§§ 225—227, I. 9 A.L.R.) dem zusteht, an dessen Ufer sie sich angesetzt haben. Der seiner Dauer nach durch den Zweck der vollständigen Ausbildung der Anlandungen bestimmte Besitz und die gleichzeitige Nutzung, auf deren Schutz der Klagantrag 2 hinzielt, bilden somit das einzige Recht, das dem Staate an den Anlandungen zusteht. Durch welchen Akt und in welchem Zeitpunkt der Eintritt des Staats in den Besitz und die Nutzung der Anlandungen sich vollzieht, läßt das Gesetz unausgesprochen. Der Ansicht, daß mit dem Augenblick der Rechtskraft des Gesetzes durch das Gesetz selbst der Besitz der Anlandungen dem Staate übergeben sei, steht die Erwägung entgegen, daß nach dem Gesetz nur diejenigen künstlichen Anlandungen in Besitz und Nutzung des Staates übergehen, die und soweit sie einer weiteren Ausbildung für bedürftig erachtet werden, und daß es einer Entschließung der Strombauverwaltung bedarf, ob dies Bedürfnis hinsichtlich der einzelnen ganz oder teilweise schon entstandenen Anlandungen als vorhanden anzusehen sei. Mindestens muß also, wenn der Staat zu dem vom Gesetze bezeichneten Zwecke in den Besitz und die Nutzung einer bestimmten vorhandenen Anlandung treten soll, die Erklärung der Strombauverwaltung vorliegen, daß diese Anlandung nach den Vorschriften des Gesetzes behandelt werden solle. Der weiteren Ansicht, daß es für den Staat einer besonderen Besitzergreifung nicht bedürfe, kann deshalb nur zugegeben werden, daß mit der Erklärung der Strombauverwaltung, eine bestimmte Anlandung weiter ausbilden zu wollen, nicht nur das Recht des Staats auf den Besitz und die Nutzung dieser Anlandung erworben ist, sondern auch, ohne daß zu jener Erklärung noch eine den Erfordernissen des § 51, I. 7 A.L.R. entsprechende (sogen. körperliche) Besitzergreifung hinzuzutreten braucht, dem Eigentümer der Anlandung gegenüber der Staat als thatsächlich in den Besitz eingetreten erachtet werden muß. Darauf, daß im vorliegenden Falle eine solche Erklärung der Strombauverwaltung dem Beklagten gegenüber erfolgt sei, ist denn auch die Klage gestützt. Ist aber solchergestalt die Besitznahme einer Anlandung zu den Zwecken des Gesetzes eine von den der Strombauverwaltung im Gesetze beigelegten Befugnissen, so findet auf deren Ausübung durch den Lokalbaubeamten der § 13 des Gesetzes Anwendung; es findet also auch gegen diese Anordnung des Lokalbaubeamten der Beschwerdeweg, in letzter Instanz die Beschwerde an den zuständigen Minister oder die Klage bei dem Oberverwaltungsgericht statt. Durch diese Ordnung

der Rechtsmittel wird die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen (§ 13 G.V.G.). Diese haben, soweit sie überhaupt zu einer Entscheidung berufen sind, die Besitznahmeerklärung des Lokalbaubeamten, mag dagegen der Weg der Beschwerde nicht eingeschlagen oder der Instanzenzug erschöpft sein, als ihrer Beurteilung nicht unterliegende unanfechtbare Grundlage ihrer Entscheidung zu betrachten. Den ordentlichen Gerichten gegenüber ist also durch die Behauptung und den Nachweis, daß der Lokalbaubeamte die Besitznahmeerklärung der Anlandung gegen den Eigentümer ausgesprochen habe, zugleich dasjenige Recht, das dem Staate an der Anlandung zusteht, behauptet und erwiesen. Daraus folgt weiter, daß eine auf Grund der Besitznahmeerklärung beim ordentlichen Gericht erhobene Klage immer nur ununterscheidbar auf den Besitz des Staats und auf sein Recht zum Besitz zugleich gestützt sein kann, daß somit der jetzigen Klage (Antrag 2), wenn sie zulässig wäre, eine neue auf Anerkennung des Rechts des Staats an der Anlandung gerichtete Klage nicht würde folgen können, und daraus ergiebt sich dann, daß auf diese Klage das Verbot, weitere Klagen mit ihr zu verbinden, nicht Anwendung leidet. Es bedarf somit nicht noch der Prüfung, ob der Klagantrag 1 seinem Inhalt nach ein solcher ist, der mit einer rein possessorischen Klage nach § 232 Abs. 2 C.P.P. nicht verbunden werden darf. — Die Klage auf Schutz des Staats in dem auf Grund des § 5 des cit. Gesetzes erworbenen Besitze einer Anlandung und der damit verbundenen Befugnis zur Nutzung der Anlandung ist aber nicht für zulässig zu erachten. Die Strombauverwaltung hat in Handhabung des bezeichneten Gesetzes vorwiegend polizeiliche Funktionen; insbesondere erfolgt die Ausbildung der Anlandungen nicht in der Absicht, dem Staate einen Vermögensgewinn zu verschaffen, und der dem Uferbesitzer erwachsene Vorteil, den Besitz des gewonnenen Landes gegen Ersatz der vom Staate aufgewendeten Kosten oder gegen Erstattung des Werts des Landes, wenn dieser geringer ist, antreten zu dürfen (§ 6 des Gesetzes), ist nicht der Zweck der vom Staate anzulegenden Stromregulierungswerke; dieser Zweck ist vielmehr die Stromregulierung selbst, und deshalb ist auch das Ziel der durch jene Werke gebildeten Anlandungen das, einen Zustand herzustellen, in welchem (§ 5) die Anlandungen „ohne Nachteil für den Strom benutzt werden können". Zu diesem Zwecke, also zu strompolizeilichen Zwecken, tritt auch der Staat in den Besitz und in die Nutzung der Anlandungen, nicht etwa bloß, um sich den Ersatz seiner Aufwendungen mittels des Zurückbehaltungsrechts zu sichern. Ist aber demnach die Besitznahme der Anlandungen für den Staat durch die Strombauverwaltung eine strompolizeiliche Thätigkeit, so ist die Störung im Besitze seitens desjenigen, welchem gegenüber die Besitznahme erklärt wird (des Eigentümers der Anlandung), ein Zuwiderhandeln gegen eine polizeiliche Anordnung; zur Abwehr der Störung sind daher die zur Durchführung polizeilicher Anordnungen gegebenen Zwangsmittel anwendbar, wobei es nichts verschlagen kann, ob die Befugnis zu deren Anwendung dem Lokalbaubeamten selbst oder nur dessen Vorgesetzten zusteht. Es ist auch hier an dem Grundsatze festzuhalten, daß die eine Staatsbehörde (hier die Strompolizeibehörde) dann nicht die Mitwirkung der anderen (hier die des Gerichts) in Anspruch zu nehmen hat, wenn ihr eigene Mittel zur Erfüllung ihrer Aufgabe zu Gebote stehen. Die in der Ministerialanweisung vom 7. September 1883 zu § 5 des Gesetzes ausgesprochene Ansicht, daß etwaigen besitzstörenden Handlungen der Uferbesitzer mit der Possessorienklage entgegenzutreten sein werde, ist dort ohne Begründung hingestellt und kann als maßgebend nicht erachtet werden. — Dagegen war die Klage auf Wertsersatz des vom Beklagten von der streitigen Anlandung entnommenen Strauchwerkes als zulässig anzusehen. Wenn auch der Zweck, zu dem das Gesetz den Staat wie in den Besitz so auch in die Nutzung der ausbildungsbedürftigen Anlandungen treten läßt, der strompolizeiliche der möglichsten Sicherung der Anlandungen gegen nachteilige Einwirkungen der Uferbesitzer ist, so wird dadurch doch nebensächlich dem Staat auch der Vermögensvorteil der Nutzung zugewendet und der Anspruch auf Ersatz des Wertes der dem Staate entzogenen Erträgnisse er-

scheint, wenn auch das Recht auf die Erträgnisse in öffentlichrechtlichen Verhältnissen wurzelt, als ein dem Gebiet des Privatrechts angehöriger und nach privatrechtlichen Normen zu beurteilender Anspruch des Staats als Subjekts von Vermögensrechten, des Fiskus, wie denn auch nur in Beziehung auf diesen Anspruch die Bezeichnung des Klägers als Strombaufiskus vollständig zutrifft. Zur Geltendmachung seiner vermögensrechtlichen Ansprüche steht dem Fiskus die Anrufung der Polizeigewalt nicht zu; der Wertsersatz für entzogene Nutzungen fällt auch, weil dem Grunde und dem Betrage nach nicht auf der Entscheidung oder Anordnung einer Verwaltungsbehörde beruhend, nicht unter die Geldbeträge, die im Verwaltungszwangsverfahren eingezogen werden können (§ 1 des Gesetzes vom 7. September 1879). In Bezug auf diesen Anspruch ist somit dem Fiskus der ordentliche Rechtsweg nicht verschlossen. Der Anspruch ist aber auch begründet. In dem privatrechtlichen Verhältnisse zwischen dem Fiskus und dem Beklagten ist die von dem Letzteren gemäß § 13 des Gesetzes vom 20. August 1883 nicht angefochtene Anordnung der Strompolizeibehörde, daß der Staat in die Nutzung der Anlandung einzutreten habe, für beide Teile gleich bindend. Durch sie ist, solange sie besteht, das Recht des Fiskus, die Erträgnisse der Anlandung sich zuzueignen, gegeben und die Verpflichtung des Beklagten, den Wert der von ihm gezogenen Nutzungen zu erstatten, ergiebt sich von selbst aus dem durch ihn geschehenen Eingriff in das Recht des Fiskus, ohne daß es der seitens des Berufungsgerichts geschehenen Heranziehung der Deliktsnatur der Besitzstörung bedarf. Der Betrag des zu erstattenden Werts ist nicht streitig.

Nr. 2106. VI. Sen. 25. April 1895. VI. 16. 95. Bd. 35, Nr. 61, S. 235.

Haftung des Staates für Uferbeschädigungen infolge von Strombauten. (Preuß. R.). Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß die Bestimmung des § 12 des Gesetzes vom 20. August 1883, wonach der Staat für Abspülungen und Beschädigungen der Ufer, die durch die Strombauten hervorgerufen werden, Ersatz zu leisten hat, auch wenn sie nicht beabsichtigt waren, auf Strombauten, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes vorgenommen worden sind, nicht angewendet werden kann, ohne daß es auf den Zeitpunkt ankommt, wann die Beschädigung eingetreten ist. Denn die Rechtsfolgen von Handlungen sind im allgemeinen nach den Gesetzen zu beurteilen, die zur Zeit, wo sie vorgenommen wurden, bestanden (§ 14 Einl. A.L.R.), und die Entschädigungspflicht ist eine Rechtsfolge nicht der Beschädigung, für die Ersatz zu leisten ist, sondern der die Beschädigung verursachenden Handlung. Entstand zur Zeit der Handlung aus dieser eine Entschädigungspflicht nicht, so enthält ein Gesetz, das später nicht bloß für zukünftige, sondern auch für frühere Handlungen dieser Art eine solche Verpflichtung festsetzt, einen Eingriff in die bestehenden Rechtsverhältnisse, was im Zweifel nicht als die Absicht des Gesetzes angesehen werden kann und für den vorliegenden Fall weder in dem gedachten § 12 Ausdruck gefunden hat noch aus den übrigen Bestimmungen des Gesetzes vom 20. August 1883 oder aus der Entstehungsgeschichte des § 12 hervorgeht. Hiernach waren der Entscheidung die landrechtlichen Bestimmungen zu Grunde zu legen. Nach den Bestimmungen der §§ 74, 75 Einl. A.L.R. und der §§ 29—31, I. 8 A.L.R. müssen diejenigen, die ihre besonderen Rechte und Pflichten dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt werden, vom Staate entschädigt werden, und es sind insbesondere Einschränkungen des Privateigentums, die dem Eigentümer wegen des überwiegenden Vorteiles Anderer vom Staate auferlegt werden, nicht ohne Entschädigung zulässig. Allerdings sind unter den Vorteilen, für die nach § 75 Einl. A.L.R. Entschädigung gewährt werden muß, nur solche Vorteile zu verstehen, auf die der Beschädigte ein wohlerworbenes Recht hatte; ein Eingriff in das Privateigentum liegt ferner nicht vor, wenn die gesetzlichen Schranken, die dem Eigentum gezogen sind und das Recht des Eigentümers begrenzen und näher bestimmen, unverletzt bleiben. Nr. 1633. Auch haftet nach § 94 Einl., § 36, I. 6 A.L.R. derjenige, der sein Recht nach den Gesetzen ausübt, nicht

für den bei dieser Gelegenheit entstandenen Schaden. Allein was das Letztere betrifft, so ist bei den vom Staate im Interesse der Schiffahrt wie im Landeskulturinteresse bewirkten Flußregulierungen nicht von Ausübung eines dem Staate am Flusse zustehenden privaten Rechts die Rede. Die schiffbaren Ströme werden zwar im § 21, II. 14 A.L.R. als ein „gemeines Eigentum des Staates" bezeichnet. Es ist aber vom Reichsgericht Nr. 2103 anerkannt, daß damit nicht ein privates Eigentum des Fiskus an den öffentlichen Flüssen, das dem Staate nur an den vom Flusse zu ziehenden Nutzungen zusteht, sondern die Eigenschaft des Flusses als res publica gemeint ist, vermöge deren er dem Privateigentum, auch des Fiskus, entzogen ist. Die Regulierungen öffentlicher Flüsse erfolgen kraft staatlichen Hoheitsrechts in Wahrnehmung strompolizeilicher Befugnisse; wenn die vom Staate zur Beförderung der Schiffahrt oder zu anderweitigen Zwecken des gemeinen Besten im Flusse angelegten Werke eine Veränderung des Wasserlaufes bewirken, die weiterhin Abspülungen und Überströmungen der im Privateigentum stehenden Ländereien und dadurch eine Entziehung oder Beschädigung des Eigentums zur Folge haben, so liegt der Fall vor, daß der Einzelne sein wohlerworbenes Recht dem gemeinen Wohle aufzuopfern genötigt wird. Die dem Ufereigentümer gezogenen gesetzlichen Schranken sind nicht von der Art, daß dadurch der Entschädigungsanspruch ausgeschlossen würde. Nach den §§ 57 ff. II. 15 A.L.R. muß der Ufereigentümer den Schiffern und Flößern den Leinpfad gestatten, aber für Beschädigungen des Ufers und Beeinträchtigung der Nutzung seines Eigentumes kann er von den Urhebern des Schadens Ersatz fordern. Daraus, daß der Uferbesitzer nach § 63 a. a. O. „ordinäre" Befestigungen der Ufer in der Regel unterhalten muß, kann eine Verpflichtung, künstliche Anlagen im Flusse zur Veränderung des natürlichen Wasserlaufes zu dulden, nicht hergeleitet werden, und ebensowenig stehen einem Entschädigungsanspruche wegen solcher Anlagen die §§ 239, 240, I. 9 A.L.R. entgegen. Es läßt sich aus diesen Bestimmungen nicht entnehmen, daß die Befugnis des Ufereigentümers selbst bei Veränderungen des Wasserlaufes durch künstliche Anlagen nur so weit geht, sich durch zweckdienliche Uferbefestigungen auf eigene Kosten gegen Beschädigungen nach Möglichkeit zu schützen, wodurch sein Eigentum für ihn völlig wertlos werden könnte. Der Eigentümer kann vielmehr erwarten, daß der Staat, wenn er solche Anlagen vornimmt, für den dadurch notwendig werdenden Uferschutz selbst sorgt oder, insofern dies nicht geschieht oder nicht geschehen kann, für Beschädigungen Ersatz leistet. Das Oberlandesgericht hat die gedachten Bestimmungen des A.L.R. nicht genügend beachtet, wenn es im Anschlusse an die Äußerungen der Kommission des Abgeordnetenhauses bei der Beratung des Gesetzes vom 20. August 1873 der Meinung folgt, daß ein Entschädigungsanspruch gegen den Fiskus wegen des den Ufereigentümern durch die staatlichen Strombauten an ihrem Eigentum erwachsenden Schadens nach dem Landrecht nur unter den hier nicht vorliegenden Voraussetzungen des Titel 6 Teil I. A.L.R. stattfinde. In dem Urteile im Falle N. 1458 ist die Entschädigungspflicht nach § 75 Einl. A.L.R. nicht grundsätzlich verneint, einer positiven Entscheidung darüber bedurfte es damals allerdings nicht, weil die Klage schon wegen Verjährung des etwaigen Schadensanspruches abzuweisen war. Nr. 1460.

Nr. 2107. V. Sen. 6. Mai 1891. V. 300. 90. Bd. 28, Nr. 48, S. 209.

Okkupationsrecht des Ufereigentümers an Landflächen, die im Bette eines öffentlichen Flusses durch Aufschüttung gewonnen worden. §§ 263—266, I. 9 A.L.R., Gesetz vom 20. August 1883. (Preuß. R.). Das Streitstück ist durch planmäßige vom beklagten Fiskus angeordnete Aufschüttung und nicht durch allmähliche Anspülung nach Erbauung der unmittelbar unterhalb liegenden Brücke entstanden. Die Vorschrift des § 263, I. 9 A.L.R. ist nicht von solchen, wenn auch an das bisherige Festland sich anschließenden Erhöhungen des Bodens über der regelmäßigen (mittleren) Wasserstand zu verstehen, die unmittelbar auf künstlichem Wege geschaffen worden sind, sondern nur von solchen natürlichen Anspülungen, deren Entstehung durch besondere zu

diesem Zwecke vorgenommene Strombauten ermöglicht oder erleichtert worden ist. Die Vorschrift der §§ 263—266, I. 9 A.L.R. ist streng nach ihrem Wortlaute zu interpretieren. Das erkennbare Unterscheidungszeichen, für welche Fälle das Gesetz die Absicht des Unternehmens von Flußkorrektionen, den Erwerb des gewonnenen Landes den Anliegern zu gestatten, fingiert, ist die Art und Weise, in welcher die Landgewinnung vor sich geht, die Einengung oder Zulandung des Flußbettes durch Verkrippungen oder andere „dergleichen", also mittelbar wirkende Anstalten. Dafür daß nur solche gemeint sind, spricht insbesondere auch der Ausdruck „Zulanden", der nur für das allmähliche Entstehen festen Landes durch Ablagerung der Sinkstoffe des Wassers, nicht für die direkte Ausfüllung des Flußbettes gebräuchlich ist. So verstanden stimmen die §§ 263 ff. a. a. O. in ihrem Grundgedanken auch mit dem Grundgedanken des Gesetzes betreffend die Befugnisse der Strombauverwaltung vom 20. August 1883 überein. Auch dies Gesetz, und darin beruht die grundsätzliche Übereinstimmung mit dem A.L.R., beschränkt den Eigentumserwerb des Adjazenten auf solche im Flußbette entstehende trockene Flächen, welche durch die im öffentlichen Interesse anzulegenden Stromregulierungswerke gewonnen und in ihrem Bestehen für den Strom (als Objekt des öffentlichen Interesses) unnachteilig sind, also auf Flächen, die nicht um ihrer selbst willen geschaffen werden, sondern das Nebenprodukt einer zu einem anderen Hauptzwecke ausgeführten Arbeit sind. Ob das Eine oder das Andere der Fall ist, soll nach dem Gesetze vom 20. August 1883 wie nach den landrechtlichen Vorschriften nicht, was kaum möglich sein würde, im Einzelfalle geprüft, sondern nach den äußeren Kennzeichen der Entstehungsart der Landfläche beurteilt werden. Die bloße Thatsache des Anliegens an einem Flusse giebt noch nicht den Anspruch gegen den Eigentümer des Flusses oder über den Fluß Verfügungsberechtigten dahin, daß er den Adjazenten in dem Vorteile dieses Anliegens nicht beeinträchtige. Soweit nicht ein Recht auf den Fortbestand des durch das Anliegen gegebenen Zustandes erworben ist, erscheint der Vorteil dieses Zustandes als ein bloß zufälliger. (Vergl. §§ 70, 71, II. 15 A.L.R.). Der Berufungsrichter nimmt an, daß, wenn der Eigentümer des Wasserlaufes selbst es sei, der jene rein künstlichen Bodenerhöhungen herstelle, er dadurch an seinem schon bestehenden Eigentume nichts ändere und dem Uferbesitzer weder Eigentum an dieser Bodenerhöhung noch die Befugnis zu deren Okkupation verschaffe. Wenn man nun auch das „gemeine Eigentum des Staates" an den öffentlichen Strömen (§ 21, II. 14 A.L.R.) nicht als Eigentum im privatrechtlichen Sinne, sondern im Gegensatze zu dem „besonderen" Eigentume als den Inbegriff der staatlichen Hoheitsrechte über den Strom auffasse, den Strom aber im übrigen als eine in Niemandes Sondereigentum stehende res publica betrachte, so sei doch kraft seiner Hoheitsrechte und -pflichten (§§ 11, 12, 79, II. 15 A.L.R.) der Staat befugt, innerhalb des Flußbettes Veränderungen (Erhöhungen wie Erniedrigungen des Bodens) vorzunehmen; die Erhöhungen blieben, wie der Fluß selbst, res publicae, würden aber kein Okkupationsobjekt für die Ufernachbarn. Nach den obigen Ausführungen ist der Entscheidung des Berufungsrichters, daß dem Kläger das Eigentum an der Streitfläche oder ein Anspruch auf Erwerbung dieses Eigentums nicht zusteht, beizutreten.

Nr. 2108. II. Sen. 29. Dezember 1882. II. 312. 82. Bd. 8, Nr. 79, S. 304.

Recht zu Schutzvorrichtungen gegen Überschwemmungen. L.R.S. 640, 644, 1382 Bad. L.R. (Rhein. R.). Weder aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über das Eigentum noch aus einer besonderen gesetzlichen Bestimmung läßt sich ein Verbot gegen den Eigentümer herleiten, sein Grundstück gegen die Überschwemmung durch einen Fluß zu schützen, sofern durch die Schutzvorrichtung dem benachbarten Eigentume Schaden zugefügt wird. Ein solches Verbot folgt insbesondere nicht aus dem sogen. Nachbarrecht. Nur ein solcher Gebrauch des Eigentums ist untersagt, wodurch unmittelbar oder mittelbar in fremdes Eigentum hinüber gegriffen wird. Der L.R.S. 644 ist unanwend-

bar, der L.R.S. 640 aber handelt nur von sogen. Ursprungswasser und legt dem niedriger gelegenen Grundstücke eine Dienstbarkeit auf. Nach gemeinem Recht liegen in der l. 2, § 9. Dig. de aqua et a. pl. a. 39, 3 und in der c. 1 Cod de alluv. 7, 41 ganz bestimmte Aussprüche vor, wonach eine Schutzanlage gegen Überschwemmungen durch einen Fluß oder reißenden Bach (torrens) gestattet sein soll, wenn dieselbe nur in der Absicht, Schaden von sich abzuwenden, nicht in der Absicht, dem Nachbar zu schaden, errichtet worden ist. Auch die französische Doktrin ist darüber einig, daß der Eigentümer sich gegen Überschwemmnungen durch Bäche und Flüsse mittels Schutzwehren auf seinem Grund und Boden schützen darf, obgleich dem Nachbar Schaden zugefügt wird. Nr. 1844.

Nr. 2109. II. Sen. 28. Mai 1880. II. 184. 79. Bd. 2, Nr. 92, S. 353.

Anlagen, wodurch ein Vorteil entzogen ist. (Rhein. R.). Die fragliche Deich- bezw. Dammanlage ist von der Königl. Regierung als Landespolizeibehörde nicht bloß im Interesse der beklagten Eisenbahngesellschaft zur Sicherung der Bahn, sondern zum Schutze des am Rheinstrome angrenzenden Kulturlandes, wozu auch das Grundstück des Klägers gehört, angeordnet und von der Beklagten ausgeführt. Der Kläger ist nicht berechtigt, Entschädigung dafür zu fordern, daß infolge jener Anlagen seinen dort gelegenen Wiesen der Vorteil der früheren regelmäßig wiederkehrenden Überschwemmungen entzogen ist. Die zeitweisen Überschwemmungen sind zufällige durch Naturereignisse bewirkte Vorteile. Bezüglich ihrer ist die Annahme, daß es sich um ein Recht des Privateigentums handele, begrifflich ausgeschlossen, und es findet Art. 640 code civil hier keine Anwendung. Wenn demnach der Vorderrichter erkannt hat, daß dem Kläger für die Entziehung jener Überschwemmungen ein Schadensersatzanspruch nicht zusteht, so sind damit die Art. 1382—1384 code civil nicht verletzt.

Nr. 2110. III. Sen. 10. Mai 1892. III. 76. 92. Bd. 29, Nr. 37, S. 144.

Regelung der Gebrauchsrechte an öffentlichen Gewässern bei Konflikten der Interessen der Landwirtschaft mit denen der Industrie. (Gem. R.). Die Kläger sind Eigentümer mehrerer Wiesen, die an einen öffentlichen Bach grenzen und von diesem bei niedrigem Wasserstande durch eine künstliche im Jahre 1880 errichtete Stauanlage bewässert werden. Oberhalb dieser Anlage betreibt die Beklagte seit 1886 die Gewinnung von Petroleum, dessen Abfallwasser durch besondere Vorrichtungen in ein unmittelbar an jenem Bach belegenes Sammelbassin geleitet wird. Die Kläger behaupten, daß dies Bassin zur Aufnahme alles Abfallwassers nicht ausreiche und die Beklagte solches seit 1887 zum größten Teile unmittelbar in den öffentlichen Bach abgeleitet habe; bei der Berieselung ihrer Wiesen sei durch den hohen Salzgehalt des durch jene Ableitung verunreinigten Bachwassers der Graswuchs ihrer Wiesen in den Jahren 1888 und 1889 teils herabgemindert, teils vollständig zerstört worden, und ihnen, den Klägern, für das zuletzt gedachte Jahr ein Schaden von 662 Mk. erwachsen. Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klagantrage verurteilt, die Zuführung ihres Abfallwassers in den öffentlichen Bach zu unterlassen und den den Klägern zugefügten Schaden zur Hälfte zu erstatten. Auf Berufung der Beklagten und Anschlußberufung der Kläger hat das Berufungsgericht den ersten Teil dieses Urteils dahin abgeändert, daß die Beklagte schuldig sei, sich jeder die an den öffentlichen Bach grenzenden Wiesen der Kläger schädigenden Zuführung des Abfallwassers aus ihrem Petroleumbohrwerke bei einer Strafe von 1000 Mk. für jeden Zuwiderhandlungsfall zu enthalten. Der hiergegen gerichteten Revision der Beklagten wurde stattgegeben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Das Berufungsgericht hat mit seiner Entscheidung die Frage der Schädlichkeit einer Zuleitung zunächst in das Ermessen der Beklagten gestellt. Eine weitere Regelung der gegenseitigen Beziehungen der Parteien in betreff der Benutzung des Baches hat das Berufungsgericht dagegen abgelehnt, indem

es erwägt, daß er dazu nicht in der Lage sei. „Denn es verbietet sich," so wird ausgeführt, „die Festsetzung des Maßes der zulässigen Zuleitung schon deshalb, weil auch eine an sich unschädliche Menge an Salzgehalt in Verbindung mit den Zuleitungen anderer Petroleumwerke von Bedeutung werden kann, und der Festsetzung bestimmter Zeiten der Beflößung der Wiesen hier die Ungewißheit maßgebender Faktoren, insbesondere des Wetters, für die Zukunft entgegensteht." Hiermit stellt der Berufungsrichter nicht die Unmöglichkeit einer verhältnismäßigen Teilung des Gebrauchsrechts am Bache, sondern nur fest, daß er dazu nach der gegenwärtigen Sachlage nicht imstande sei. Damit verkennt er aber seine Stellung als Teilungsrichter. Nr. 2137. Erachtete er die seither vermittelten Umstände des Falles in Verbindung mit dem bezüglichen Vorbringen der Beklagten in der Berufungsschrift nicht für ausreichend, um die Interessen der an der Wasserbenutzung beteiligten Landwirte und Industriellen durch gegenseitige Beschränkungen mit einander in Einklang zu bringen, so mußte er das richterliche Fragerecht ausüben und eventuell selbst von Amts wegen durch Erhebung sachverständiger Gutachten die erforderlichen Anhaltspunkte zur Auseinandersetzung der Beteiligten zu gewinnen suchen. Der Weg der Verständigung, auf den die Beklagte im Berufungsurteile verwiesen wird, ist für die Beklagte ungangbar, da diese jede die Kläger schädigende Zuleitung von Abfallwasser bei Meidung einer Strafe von 1000 Mk. für jeden einzelnen Fall unterlassen und zugleich die Entscheidung über die Frage, welche Zuwiderhandlung gegen dies Strafgebot als schädigend zu betrachten sei, in unzulässiger Weise selbst treffen soll. Es kann aber auch nicht anerkannt werden, daß eine Teilung des Gebrauchsrechts am Bache nach Zeit und Art ihrer Ausübung unmöglich sei. Der Natur der Sache nach und nach dem thatsächlichen Vorbringen beider Teile erscheint weder eine fortdauernde Berieselung der Wiesen der Kläger noch eine ständige Ableitung des Abfallwassers aus den am Bache arbeitenden Petroleumwerken geboten. Es steht also auch aus diesem Gesichtspunkte einer Regelung der sich widerstreitenden Gebrauchsrechte der Beteiligten innerhalb der Grenzen ihres Bedarfs selbst mit Berücksichtigung besonderer Naturereignisse nichts entgegen. Nr. 2111. Nr. 2112.

Nr. 2111. III. Sen. 9. Juli 1886. III. 70. 86. Bd. 16, Nr. 31, S. 144.

Geltung und Umfang der Wasserinterdikte. Einführung von Abfallwässern. Solidarische Verhaftung mehrerer Anstifter eines Schadens. (Gem. R.). Das Berufungsgericht hat mit Recht in Anwendung der gemeinrechtlichen Grundsätze über den Gebrauch öffentlicher Flüsse die Beklagten verurteilt, die Einführung ihrer Abfallwässer in den öffentlichen Fluß zu unterlassen und den Klägern den ihnen entstandenen Schaden zu ersetzen. Das Recht des Gemeingebrauches öffentlicher Sachen, insbesondere öffentlicher Flüsse, und dessen Schutz ist durch das prätorische Interdikt und die analoge Anwendung, welche die römische Rechtswissenschaft den Vorschriften desselben gegeben hat, in einer für die damaligen Verkehrsverhältnisse so umfassenden Weise geregelt, daß die in den Quellen hierfür aufgestellten Grundsätze als allgemein gültig zu betrachten sind. Nr. 2135. Aus dem Wesen des Rechts des Gemeingebrauches als dem gleichen Rechte Aller, welche sich in der Lage befinden, von dem Objekte des Rechtes Gebrauch zu machen, folgt, daß das Recht eines jeden Einzelnen seine Grenze in dem gleichen Rechte aller Übrigen findet. Deshalb darf der einzelne Mitberechtigte die Benutzung der Sache nicht in solcher Weise für seine Zwecke ausbeuten, daß er dadurch den übrigen die Mitausübung ihres Gemeingebrauches unmöglich macht. Soweit aber eine Teilung des Gebrauches möglich ist, hat, falls die Zwecke der mehreren Gebrauchsberechtigten nicht neben einander vollständig erfüllt werden können, eine verhältnismäßige Teilung unter ihnen stattzufinden. Vergl. l. 17 Dig. de serv. praed. rust. 8, 3; l. 1 § 11, l. 2 Dig. de flum. 43, 12; l. 1 §§ 3—5 Dig. ne quid in flum. 43, 13. Nr. 2100. Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um eine Regulierung der Bedingungen einer Koexistenz der beiderseitigen Gebrauchsausübung. Indem die Be-

klagten das Flußwasser durch die Zuführung ihrer salzigen Abfallwässer in einen Zustand versetzen, in welchem es zu Berieselungszwecken untauglich ist, machen sie den Klägern die Benutzung des Flusses zur Berieselung ihrer Wiesen ebenso unmöglich, als wenn sie ihnen die ganze Flutwelle durch Ableitung des Wassers entziehen, und sie sind daher ebenso, wie es in letzterem Falle zu geschehen hätte, in Anwendung der Grundsätze des Interdikts zur Unterlassung ihres die Kläger und der ihnen zustehenden Benutzung des Flusses verhindernden Verhaltens zu verurteilen. Da die Kläger sich bei der Einführung der Abfallwässer in den Fluß der schädigenden Eigenschaften derselben bewußt gewesen sind, so sind sie nach den Bestimmungen des anzuwendenden Interdikts schadensersatzpflichtig. Die solidarische Verurteilung der beiden Beklagten zum Schadensersatze unter Verwerfung ihrer Einrede, daß auch von Anderen derartige Abfallwässer gleichzeitig in den Fluß eingeleitet werden, und dieselben somit an der Verursachung des den Klägern entstandenen Schadens beteiligt gewesen seien, ist bei der Feststellung, daß die von einem jeden der beiden Beklagten in den Fluß geleiteten Abfallwässer für sich allein genügend waren, um das Wasser des Flusses zum Gebrauche für eine Berieselung untauglich zu machen und den ganzen den Klägern angerichteteten Schaden anzurichten, gerechtfertigt. Vergl. l. 11 § 2, l. 51 pr. Dig. ad leg. Aquil. 9, 2, l. 1 § 10, l. 2, 3 Dig. de his qui effud. 9, 3. Nr. 2112. Nr. 2137. Nr. 2110. Nr. 1433. Nr. 1736.

Nr. 2112. V. Sen. 2. Juni 1886. V. 334. 85. Bd. 16, Nr. 41, S. 178.

Benutzung der Privatflüsse zur Ableitung von Wasser und sonstigen Stoffen. (Preuß. R.). Das Eigentum der Privatflüsse steht, unter den aus ihrer Natur und den positiv gesetzlichen Bestimmungen sich ergebenden Einschränkungen, den Ufereigentümern je für ihre Uferstrecke zu. Unbefugte Eingriffe jedes Dritten, insbesondere auch des oberliegenden Uferbesitzers ist der Eigentümer abzuwehren berechtigt, auch ohne den besonderen Nachweis, daß durch solche Eingriffe dem Eigentümer ein Nachteil zugefügt werde, und unabhängig von den aus der Zufügung eines Nachteils entstehenden besonderen Rechtsfolgen. Dagegen bedarf der Satz, daß der Uferbesitzer jeder oberhalb seines Besitzes stattfindenden Zuleitung, außer der des auf natürlichem Wege zufließenden Wassers, zu widersprechen befugt sei, einer gewissen Einschränkung. Mangels einer positiv rechtlichen unmittelbar anwendbaren Vorschrift ist die Erwägung maßgebend, daß der private ebenso wie der öffentliche Fluß innerhalb seines Zuflußgebietes der von der Natur gegebene Recipient auch für dasjenige Wasser, das aus wirtschaftlichen Gründen fortgeschafft werden muß, wie nicht minder für mancherlei Stoffe ist, welche dem wirtschaftlich benutzten Wasser sich beimengen und vor dessen Ableitung nicht wieder ausgeschieden werden können. Bei öffentlichen Flüssen und bei derjenigen Benutzung von Privatflüssen, welche das Gemeinwohl beeinträchtigt, ist es eine der polizeilichen Aufgaben des Staates, für eine derartige Zuleitung und die Verpflichtung, sie zu gestatten, die erforderliche Grenze zu ziehen. Bei der Kollision mit privatrechtlichen Interessen, wie es die des unterhalb liegenden Uferbesitzers sind, muß das Prinzip den Ausschlag geben, daß die Ausschließlichkeit und Willkürlichkeit des Gebrauchsrechts des einen Eigentümers ihre notwendige Begrenzung in der dem anderen Eigentümer ebenfalls zustehenden Ausschließlichkeit und Willkürlichkeit findet. Aus diesem Prinzip leitete schon das römische Recht in einem anderen Falle den Satz ab, daß der Eigentümer eines Grundstücks alles das von dem Eigentümer des Nachbargrundstückes dulden muß, was als regelmäßige Folge der gemeingebräuchlichen Eigentumsausübung erscheint, wie mäßigen Rauch, Staub u. dergl., während er zum Widerspruche berechtigt ist, wenn die Überleitung derartiger Stoffe durch die Luft in ungewöhnlichem Maße, etwa als Folge eines besonderen, außergewöhnlichen Gebrauches des Nachbargrundstückes geschieht, vergl. l. 8 §§ 5 ff. Dig. si serv. vind. 8, 5; und diesem Satze hat sich auch die Wissenschaft und Praxis des preußischen Rechts angeschlossen. Die

Anwendung des gleichen Grundsatzes auf die Zuleitungen durch Vermittelung des fließenden Wassers führt dahin, daß der dadurch betroffene unterhalb liegende Uferbesitzer sich diejenigen Zuleitungen, mögen sie in einer bloßen Vermehrung des Wasservorrates oder in der Beimengung fremder Stoffe bestehen, gefallen lassen muß, welche das Maß des Regelmäßigen, Gemeinüblichen, nicht überschreiten, selbst wenn dadurch die absolute Verwendbarkeit des ihm zufließenden Wassers zu jedem beliebigen Gebrauche irgendwie beeinträchtigt wird, und insofern erleidet die Äußerung in dem Urteile des Reichsgerichts vom 21. April 1880 (Nr. 2171), daß der Unterliegende reines und brauchbares Wasser zu beanspruchen habe, eine Modifikation, daß dagegen der Unterliegende jeder dies Maß überschreitenden Zuleitung als einem Eingriffe in sein Eigentum zu widersprechen befugt ist. Der Regel nach wird der Oberliegende den Ausnahmefall d. i. die Behauptung zu beweisen haben, daß seine, wenn auch ungebräuchliche Zuleitung den Unterliegenden nicht oder nicht anders wie der gemeinübliche Gebrauch des Flusses belästige, zu beweisen haben. Ob eine bestimmte Art der Zuleitung zu einem Flusse nach Stoff und Umfang das Maß des Gemeinüblichen überschreite, kann nur nach den thatsächlichen Umständen des Einzelfalles beurteilt werden. Nr. 2111. Nr. 2113. Nr. 2114. Nr. 2110. Nr. 2121.

Nr. 2113. V. Sen. 4. April 1888. V. 22. 88. Bd. 21, Nr. 55, S. 298.

Klage wegen ungebührlicher Zuleitung von Wasser in Privatflüsse. (Preuß. R.). Zur Begründung der Eigentumsklage ist die Feststellung, daß die Immission (von Grubenwasser der Steinkohlenschachte) der Beklagten ihrem Maße und ihrer Art nach das Gemeinübliche übersteige, an sich ausreichend. Doch würde es den Beklagten einen Einwand geben, wenn der Kläger von seinem Widerspruchsrechte ohne Verletzung eigener Interessen Gebrauch machen wollte. Dagegen ist zur Begründung der Klage der Nachweis einer durch die Wasserzuführung der Beklagten dem Kläger zugefügten Schädigung nicht erforderlich. Deshalb wird die Klage nicht beseitigt durch den Einwand der Beklagten, daß ihre Wasserzuführung nicht für sich allein, sondern nur etwa in Verbindung mit den gleichartigen Zuführungen von anderen Zechen her nachteilig wirke. Daß, wie der Berufungsrichter feststellt, das Letztere der Fall ist, genügt, um die Einrede des mangelnden Interesses des Klägers zu widerlegen. Sein Interesse geht eben auf Beseitigung der durch das Zusammenwirken einer Reihe von Immissionen bewirkten Schädlichkeit. Vollständig kann der Kläger zwar dies Ziel nur erreichen, indem er sein Klagrecht gegen alle diejenigen, welche zur Ungebühr zuleiten, oder doch gegen einen namhaften Teil derselben geltend macht. Aber weil eine Rechtsgemeinschaft unter den mehreren solchergestalt Zuleitenden nicht besteht und weil gegen jeden derselben die Zulässigkeit der Klage nur von Art und Maß seiner Zuleitung abhängt, steht keinem von ihnen die Einrede zu, daß Andere neben oder vor ihm belangt werden müßten. Selbst wenn der Kläger mit einzelnen Zechen über das Recht der Zuleitung paktieren würde, so würde auch das eine nicht unzulässige Art der Geltendmachung seines Eigentums am Flußbette sein und dem Beklagten keinen Einwand geben. Nr. 2112. Nr. 2114.

Nr. 2114. V. Sen. 26. Mai 1888. V. 75. 88. Bd. 21, Nr. 55, S. 302.

Benutzung eines Privatflusses zur Ableitung verunreinigten Wassers. (Preuß. R.). Der Anspruch eines Adjazenten eines Privatflusses gegen den anderen auf Unterlassung einer bestimmten Art der Benutzung des Wassers ist gegeben mit dem Nachweise, daß diese Benutzung das Maß des gewöhnlichen und gemeinüblichen Gebrauches der Privatflüsse überschreitet. Der Nachweis, daß die Benutzung zugleich schädlich wirke, ist dabei nicht erforderlich, wohl aber kann der Beklagte den Anspruch einredeweise durch den Nachweis beseitigen, daß die Klage nur aus Chikane erhoben, indem der Kläger durch das, worüber er sich beschwert, in keiner Weise beeinträchtigt werde. Der Kläger kann

aber auch diesem Einwande dadurch begegnen, daß er selbst den Beweis seiner Schädigung erbringt. Dann bedarf es des Weiteren nicht. Denn jede Benutzung eines Privatflusses ist unzulässig, welche einen anderen Adjazenten in der erlaubten eigenen nicht außergewöhnlichen Benutzung beeinträchtigt; das Benutzungsrecht des Einen besteht nur in seiner Beschränkung durch das des Anderen. Die Benutzung des vorbeifließenden Wassers zur Bewässerung und zur Viehtränke, in welcher hier der Kläger beeinträchtigt ist, hat als eine berechtigte im Gesetze mehrfach Ausdruck gefunden. Nr. 2112. Nr. 2113.

Nr. 2115. III. Sen. 11. Oktober 1895. III. 150. 95. Bd. 36, Nr. 45, S. 185.

Befugnis des Grundeigentümers, über das abfließende Wasser der auf seinem Grundstücke entspringenden Quellen frei zu verfügen. (Gem. R.). Das klagende Stift will gegenüber den Eingriffen der Beklagten als ein ihm auf Grund seines Eigentums zustehendes Recht festgestellt sehen, daß es über das auf seinem Grundbesitze einer Quelle entfließende dann einen Bach bildende und vom Kläger zur Speisung von Teichen, zum Betriebe einer Mühle, zur Beflößung von Wiesen und zu anderen Zwecken benutzte Wasser, solange es auf seinem Grundbesitze verbleibe, frei verfügen, es abfließen lassen oder zurückhalten oder ganz verbrauchen dürfe, ohne hieran durch die Beklagten gehindert werden zu können. Das Berufungsgericht hat jedoch die in erster Instanz erkannte Abweisung der Klage bestätigt, weil, wenn auch bei kleineren Quellen, deren Wasser über das Ursprungsgrundstück nicht hinausfließe, ein völlig freies Verfügungsrecht dem Bodeneigentümer zustehen möge, wenigstens dann, wenn aus einer größeren Quelle ein Bach (flumen perenne) entstehe, diese Verfügung durch das Recht der Unterlieger beschränkt sei, die von ihm wie von jedem anderen Oberlieger verlangen könnten, daß er das abgeleitete Wasser in die Quelle oder den Bach zurückleite. Es führt dabei aus, daß diese Grundsätze zwar scheinbar mit den im Falle Nr. 2116 aufgestellten in Widerspruch ständen, daß aber letztere, wie die Gründe des Urteils erkennen ließen, nicht Platz greifen sollten, wenn der Quelle ein beständig fließendes Wasser entströme, und daß jedenfalls das Urteil im Falle Nr. 2118 ihnen entgegenstehe. Die hierauf gestützte Entscheidung des Berufungsgerichts beruht auf Rechtsirrtum. Das zuletzt gedachte Urteil des Reichsgerichts ist schon deshalb ohne jede Bedeutung, weil es das im Wasserrechte völlig abweichende preußische A.L.R. zur Grundlage hat, und das zuerst gedachte giebt keinen Anhalt für die Meinung des Berufungsgerichts, läßt vielmehr die freie Verfügung über das Wasser jedenfalls b i s d a h i n zu, wo der Privatbach zu einem öffentlichen Flusse wird. Dafür aber, daß im vorliegenden Falle der Bach schon auf dem Grundstücke des Klägers zu einem öffentlichen Flusse geworden ist, fehlt es an Feststellung, Behauptung und jeder thatsächlichen Unterlage. Der erkennende Senat hat auch später wiederholt in gleichem Sinne sich ausgesprochen, namentlich in einem Urteile vom 10. November 1891 mit den Worten: „Vielmehr muß an der schon in einem früheren wesentlich gleich liegenden Falle (Nr. 2116) dargelegten Ansicht festgehalten werden, daß, wenn auch Eigentum an der fließenden Wasserwelle nicht so wie an der Quelle selbst möglich ist, doch das in natürlichem oder künstlichem Rinsal abfließende Wasser, solange es das Terrain des Eigentümers der Quelle nicht verläßt, zu dessen freier Verfügung steht, so daß er es unbekümmert darum, ob es nachher zum öffentlichen Flusse werden und dem Mitgebrauche der unteren Uferbesitzer unterliegen würde, zurückhalten, umleiten oder abfließen lassen darf. Erst wenn und soweit er Letzteres gethan hat, kann das Gewässer zum öffentlichen Flusse werden und mögen dann die vom Berufungsrichter hervorgehobenen Momente in Betracht kommen. Für seine öffentliche Natur innerhalb des Terrains des Quellenbesitzers kann dagegen die Thatsache, daß dasselbe einen bestimmten längeren oder kürzeren Lauf eingehalten hat oder besonders mächtig gewesen ist, nicht entscheidend werden." Von diesen Grundsätzen abzugehen, liegt trotz der abweichenden Ansicht einiger Rechtslehrer ein Anlaß um so

weniger vor, als sie sich im Einklange mit den Entscheidungen der höchsten deutschen Gerichte befinden und für eine abweichende allgemeine Rechtsbildung in Deutschland es auch sonst an ausreichenden Anhaltspunkten fehlt.

Nr. 2116. III. Sen. 3. Oktober 1884. III. 190. 84. Bd. 12, Nr. 45, S. 183.

Verfügungsrecht des Grundeigentümers über die auf seinem Grundstücke entspringenden Quellen. (Gem. R.). Die auf der Erdoberfläche zu Tage tretende Quelle ist ebenso wie die unterirdische Wasserader nach römischem Rechte pars agri und steht im Eigentume des Grundeigentümers. Fließt das Quellwasser nach seinem Hervortreten in einem natürlichen oder künstlichen Rinsal ab, so ist zwar an der fließenden Wasserwelle Eigentum nicht möglich, das Wasser steht jedoch zur freiesten Verfügung des Grundeigentümers, welcher es abfließen lassen oder zurückhalten oder ganz verbrauchen kann. Wann der Privatbach zum öffentlichen Flusse wird, muß im einzelnen Falle nach den thatsächlichen Verhältnissen festgestellt werden. Daß das heutige gemeine Recht jenen römischen Rechtsgrundsatz modifiziert habe und, wenn es auch nicht die Quellen eines öffentlichen Flusses für ein öffentliches Gewässer gelten lasse, so doch zu Gunsten bestehender Mühlenanlagen den Eigentümer des Quellwassers Beschränkungen in der Benutzung unterwerfe, ist nicht zu begründen. Nr. 1769. Nr. 2118. Nr. 2170. Nr. 2115.

Nr. 2117. II. Sen. 20. November 1884. II. 269. 84. Bd. 12, Nr. 89, S. 340.

Rechte an nicht schiff- und flößbaren Flüssen. (Rhein. R.). Das Gesetz hat den Uferbesitzern einzelne bestimmte Gebrauchs- und Nutzungsrechte an den nicht schiff- und flößbaren Flüssen verliehen, jedoch so, daß die Annahme eines Eigentums derselben ausgeschlossen erscheint. Vergl. Art. 556, 557, 560, 561; 644, 645; 537—539; 713 ff. code civil. Vielmehr gehören die genannten Flüsse zu den Sachen, welche in Niemandes Eigentum stehen und dem allgemeinen Gebrauche dienen (Art. 714 code civil). Wenn hiernach das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, daß das Bett eines nicht schiff- und flößbaren Flusses nicht im Privateigentum steht und, solange es vom Wasser bedeckt wird, dem Verkehre entzogen ist, so stellt sich diese Annahme als rechtlich zutreffend dar, und es muß von der daraus gezogenen Folgerung, daß die Ersitzung einer Servitut an demselben grundsätzlich ausgeschlossen ist, soweit nicht etwa durch gesetzliche Bestimmung eine Ausnahme begründet wird, ein Gleiches gelten. Im vorliegenden Falle handelte es sich um die Frage, ob der Kläger durch Ersitzung ein Recht erwerben konnte, in dem Flusse ein steinernes Wehr, welches die ganze Breite desselben einnimmt, zu haben. Die gegen die Kgl. Regierung, welche verlangt hatte, das bestehende Fischwehr derart einzuschränken, daß die Hälfte der Wasserfläche für den Wechsel der Fische frei bleibe, gerichtete Klage ist abgewiesen. Um die Ersitzung des Rechts zum Fischfange handelte es sich nicht, vielmehr stand eine Ersitzung an dem Körper des Flußbettes selbst, wodurch ein die natürliche Beschaffenheit desselben alterierender Zustand legalisiert werden soll, in Frage. Nr. 2120.

Nr. 2118. V. Sen. 26. Juni 1886. V. 54. 86. Bd. 16, Nr. 54, S. 229.

Recht an Wasseradern. (Preuß. R.). Dem Berufungsrichter ist darin beizutreten, daß eine Quelle, deren Wasser sofort in geregeltem über die Eigentumsgrenzen des Quellgrundstückes sich fortsetzendem Laufe abfließt, ein Teil des Flusses ist und denselben Rechtsnormen wie dieser unterliegt. Vergl. § 1 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 v. „Quellen". Nicht minder ist es richtig, daß es für die gesetzlich dem oberhalb liegenden Uferbesitzer auferlegten Beschränkungen in der Ableitung des Wassers gleichgültig ist, ob diese Ableitung in horizontaler Richtung (oberirdisch) oder in vertikaler Richtung (unterirdisch) geschieht. Nr. 2129. Unrichtig aber ist die Annahme, daß die unterirdische Wasserader, durch deren Zutagetreten die Quelle sich bildet, ein Teil der

Quelle selbst und mit dieser ein Teil des Flusses sei. Nach gemeinem Rechte ist der Grundeigentümer befugt, durch Grabungen auf seinem Grund und Boden die Wasseradern, welche den Nachbarn das Wasser zuführen, in andere Wege zu leiten (l. 24 § 12, l. 26 Dig. de damno inf. 39, 2; l. 1 § 12, l. 21 Dig. de aqua 39, 3). Nach den Grundsätzen der preußischen Gesetzgebung ist der Eigentümer des Bodens auch Eigentümer, wenngleich nicht des strömenden Wassers, so doch des Flußbettes der Privatflüsse und demnach zur Verfügung über das fließende Wasser zunächst berechtigt. In Ermangelung positiver Vorschriften ist daher das Wasser, welches noch nicht durch seinen Eintritt in einen Fluß oder in dessen Quelle den für diese geltenden Beschränkungen unterworfen ist, als Gegenstand der freien Verfügung des Grundeigentümers angesehen worden, und es finden darauf die Vorschriften der §§ 26 ff. I. 8 A.L.R. volle Anwendung, so daß nur eine lediglich in der Absicht der Kränkung eines Anderen unternommene Verfügung darüber als unstatthaft erscheinen würde. Es macht keinen Unterschied, ob die Abgrabung geschieht auf demselben Grundstücke, auf welchem die Quelle entspringt, oder auf einem anderen in dem Zuflußgebiete der Quelle liegenden Grundstücke. Die abweichenden Entscheidungen, durch welche Bergbautreibende zur Entschädigung für unterirdische Wasserentziehung verurteilt worden sind, beruhen auf besonderer Vorschrift des Bergrechts (§ 148 Allgemeines Berggesetz vom 24. Juni 1865) und erleiden auf andere Fälle keine Anwendung. Nr. 1769. Nr. 2116. Nr. 2170. Nr. 2119. Nr. 1897. Nr. 2124. Nr. 2115.

Nr. 2119. II. Sen. 11. November 1890. II. 208. 90. Bd. 27, Nr. 81, S. 328.

Privatfluß. Rechtsbesitz des Ufereigentümers betreffs der Nutzung des Wassers. Voraussetzungen der Besitzklage. Unterirdische Ableitung der die Quelle des Flusses speisenden Wasseradern. Art. 644 code civil, § 1 des preußischen Gesetzes vom 28. Februar 1843. (Rhein. und preuß. R.). Es handelt sich um eine Quelle, deren Wasser sofort in geregeltem über die Eigentumsgrenzen des Quellgrundstückes sich fortsetzendem Laufe ständig abfloß, also um einen Privatfluß im Sinne des Art. 644 code civil und des auch im Bezirke des Oberlandesgerichts in Köln geltenden preußischen Gesetzes vom 28. Februar 1843, nach dessen § 1 unter der angegebenen Voraussetzung die Quelle als ein Teil des Privatflusses anzusehen ist und denselben Rechtsnormen wie letzterer unterliegt. Nr. 2118. War hiernach der Kläger berechtigt, das Wasser des in Rede stehenden Privatflusses einschließlich der Quelle zu seinen Zwecken zu benutzen (§§ 1, 13, 14 des angeführten Gesetzes), so ist auch diesem Rechte, da hier das Gesetz den Titel bildet, der possessorische Schutz nicht zu versagen, und es muß zur Begründung der Klage, was den geltend gemachten Rechtsbesitz betrifft, der beklagten Gemeinde gegenüber die unbestrittene Thatsache genügen, daß der Kläger die Wasserbenutzung, von der es sich handelt, in dem kritischen Jahre ruhig und ungestört ausgeübt hat. Die Rüge der Beklagten, daß die Art. 641, 642, 644 code civil verletzt seien, und der Angriff, daß auch im Falle des Art. 644 eine Besitzklage nur unter den Voraussetzungen des Art. 642 a. a. O. zulässig sei, erledigt sich durch den Hinweis darauf, daß dabei die durch das preußische Gesetz eingetretene Rechtsänderung mit ihren Folgen außer acht gelassen ist. Die Beklagte hat auf dem Grundstücke der rheinischen Provinzialverwaltung in der Nähe der fraglichen Quelle einen Stollen angelegt, dabei die unterirdischen Wasseradern abgegraben und so das Versiegen der Quelle herbeigeführt, und es fragt sich nun, ob durch dies Handeln der Rechtsbesitz des Klägers gestört ist. Das würde unbedenklich zu bejahen sein, wenn anzunehmen wäre, daß dieser Besitz sich auch auf jene Wasseradern erstreckt hätte. Letzteres wird aber vom Berufungsgericht selbst verneint und von diesem wird vielmehr angenommen, es genüge, daß durch die Abschneidung der Adern der Besitz des Klägers am Privatflusse thatsächlich gestört sei. Das erscheint aber nicht zutreffend. Der Annahme des Berufungsgerichts wäre dann beizupflichten, wenn die unterirdischen Wasseradern einer

Quelle rechtsbegrifflich als ein Teil des von derselben ausgehenden Privatflusses angesehen werden könnten. Dafür findet sich aber zunächst im Gesetze keinerlei Anhalt, da nach Art. 552 code civil jene ein der freien Verfügung des Eigentümers des Grund und Bodens unterworfenes Zubehör des letzteren bilden, und andererseits steht es auch mit der natürlichen Beschaffenheit der Dinge nicht im Einklange, wenn man solche unterirdische Wasseradern unter den Begriff des Privatflusses, der doch eine aqua profluens voraussetzt, bringen will. Daraus, daß die von der Beklagten auf dem Eigentume der Provinzialverwaltung vorgenommenen Arbeiten die Folge gehabt haben, daß die fragliche Quelle und der von derselben ausgehende Privatfluß versiegt sind, folgt nicht, daß hier ein Eingriff in den Rechtsbesitz des Klägers vorliege. Der Umstand, daß thatsächlich die Verfügung des Grundeigentümers über das unterirdische Wasser für die Besitzer des Flußbettes den gleichen Erfolg haben kann wie die Ableitung des in den Fluß bereits eingetretenen Wassers, darf auf die rechtliche Beurteilung keinen Einfluß üben. Nr. 1769. Nr. 2118. Nr. 2124.

Nr. 2120. II. Sen. 18. Oktober 1892. II. 178. 92. Bd. 30, Nr. 90, S. 307.

Privateigentum an einem Bache. Dessen Erwerb durch Ersitzung. (Rhein. R.). Soweit das Eigentum an dem streitigen Wasserlaufe in Frage steht, hat das Berufungsgericht dahingestellt gelassen, ob dieser als ein natürlicher Bach oder als künstlich angelegter Kanal bezw. Graben anzusehen sei, weil in dem einen wie in dem anderen Falle die von dem ersten Richter verneinte Frage, ob das Eigentum an dem Gewässer durch Ersitzung habe erworben werden können, bejaht werden müsse und die Voraussetzungen der Ersitzung auch wirklich gegeben seien. Nun ist zwar dem Berufungsgericht so weit beizutreten, als es ausgeführt hat, daß Art. 714 code civil auf künstlich angelegte Kanäle oder Gräben keine Anwendung findet, solche Gewässer vielmehr im Privateigentum stehen können und die Erwerbung dieses Eigentumes durch Ersitzung nicht ausgeschlossen ist. Dagegen ist die Auffassung des Berufungsgerichts, daß dasselbe von den gewöhnlichen Bächen (ruisseaux) gelte, als rechtsirrtümlich anzusehen. Das Reichsgericht hat bereits in dem Urteile im Falle Nr. 2117 ausgesprochen, daß auch in Ansehung der nicht schiff- und flößbaren Flüsse die Uferbesitzer nicht als Eigentümer des Flußbettes und des Wasserlaufes anzusehen sind, diese Flüsse vielmehr zu den Sachen gehören, die in Niemandes Eigentum stehen und dem allgemeinen Gebrauche dienen (Art. 714 code civil). Diese Auffassung, an der festgehalten wird, führt notwendig zu der Annahme, daß das Eigentum an nicht schiff- und flößbaren Flüssen aller Art durch Ersitzung nicht erworben werden kann. Dabei ist ein Unterschied zwischen eigentlichen Flüssen (rivières) und kleineren natürlichen Wasserläufen (ruisseaux) nicht zu machen. (Vergl. Art. 556, 557, 560—563, 644 und 645 code civil). Müssen diese Bestimmungen, in denen nicht (wie im älteren französischen Recht) zwischen rivières und simples ruisseaux unterschieden wird, auf alle nicht schiff- und flößbaren natürlichen Wasserläufe angewendet werden, so ist anzunehmen, daß auf alle derartigen Gewässer, gleichviel wie lang und wie breit sie sind, auch Art. 714 code civil Anwendung zu finden hat.

Nr. 2121. VI. Sen. 12. November 1896. VI. 147. 96. Bd. 38, Nr. 73, S. 266.

Haftung des Uferbesitzers an einem Privatflusse für den Schaden, der dem unterhalb liegenden Besitzer an seiner in geschlossenen Gewässern betriebenen künstlichen Fischzucht durch die von jenem in den Fluß geleiteten Stoffe entsteht. (Preuß. R.). Der Kläger betreibt seit Jahrzehnten in seinen geschlossenen Teichen auf dem Rittergute R., die ihren Wasserzufluß vom O.-Bache erhalten, Fischzucht. Oberhalb dieser Teiche befindet sich eine Kartoffelstärkefabrik des Beklagten, deren Abwässer in den Bach geleitet werden. Der Kläger hat im Winter 1892/93 einen bedeutenden Verlust an Fischen durch deren Absterben gehabt und nimmt den Beklagten wegen dieses Schadens in An-

spruch, weil die durch die Fabrikabwässer verschlechterte Beschaffenheit des Bachwassers die Schuld an dem Fischsterben trage. In den beiden Vorinstanzen ist die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auf die Revision des Beklagten ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen. Das Berufungsurteil enthält zwei selbständige Gründe. Es wird erstens die Zuleitung der Fabrikabwässer in den Bach, wodurch der Kläger geschädigt ist, als ein Eingriff in die Eigentumssphäre des Klägers bezeichnet, die nach allgemeinen Grundsätzen die Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatze begründe. Diese Verpflichtung wird aber zweitens auch aus den besonderen Bestimmungen des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874 (§ 43) in Verbindung mit § 26, I. 6 A.L.R. hergeleitet. Keiner dieser beiden Gründe vermag die Entscheidung zu tragen. 1. Es ist nicht richtig, daß der oberhalb liegende Uferbesitzer an einem Privatflusse sich jeder den unterliegenden Besitzer irgendwie schädigenden Zuleitung in den Fluß enthalten müsse. Die Flüsse dienen zufolge ihrer natürlichen Bestimmung zur Aufnahme und Abführung von Flüssigkeiten und die Grenze, die dabei im Interesse der unterliegenden Besitzer nicht überschritten werden darf, läßt sich nach den Grundsätzen des Nachbarrechts nicht dahin bestimmen, daß jede Schädigung der unterliegenden Besitzer unterbleiben müsse, selbst dann, wenn diese Schädigung nur infolge eines nicht gewöhnlichen Gebrauches eintritt, den der unterliegende Besitzer von seinem Eigentume macht. Es würde dies zu einer Beschränkung des oberhalb liegenden Besitzers in seinem Eigentumsrechte führen, die diesen in einen ungerechtfertigten Nachteil gegenüber dem den völlig ungehinderten Gebrauch seines Eigentumes beanspruchenden Nachbar versetzt. Der Letztere muß solche Zuleitungen dulden, die das Maß des Regelmäßigen, Gemeingewöhnlichen nicht überschreiten, selbst wenn dadurch die absolute Verwendbarkeit des ihm zufließenden Wassers zu jedem beliebigen Gebrauche irgendwie beeinträchtigt wird. Nr. 2112. Jur. Wochenschrift 1894 S. 29, Nr. 88. Eine Prüfung von diesem Gesichtspunkte aus hat nicht stattgefunden; es müßte dabei in Betracht kommen, daß hier nur die Unverwendbarkeit des Wassers zu einem bestimmten nicht gerade gewöhnlichen Gebrauche behauptet wird. Ferner aber haftet der Beklagte für den Schaden dann nicht, wenn ihn kein Verschulden trifft. Vergl. Jur. Wochenschrift 1893 S. 569, Nr. 46. Er hat behauptet, daß er das behördlich empfohlene ganz zuverlässige Hulvasche Klärungsverfahren eingeführt habe, auch von einem seitdem bis zum Jahre 1892 eingetretenen Schaden an der Fischzucht des Klägers ihm nichts bekannt geworden sei (der Kläger spreche von einem solchen nicht). Hierin liegt auch die Behauptung, daß der Beklagte das Hulvasche Verfahren für geeignet gehalten habe und habe halten dürfen, um die Abwässer unschädlich zu machen. Ist dies der Fall, so konnte er den Schaden nicht voraussehen und haftet, soweit nicht spezielle Verbotsgesetze in Frage kommen, für den Schaden nicht (§§ 6, 11, 13, I. 3; §§ 4, 16, I. 6 A.L.R.). Auch nach dieser Richtung hin fehlt jede Prüfung. 2. Was die Bestimmung des § 43 Abs. 1 des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874 betrifft, so fragt sich zunächst, ob sie sich auch auf die künstliche Fischzucht in geschlossenen Gewässern, wie solche im § 4 des Gesetzes definiert sind, bezieht dergestalt, daß in Bäche und Flüsse keine Stoffe eingeleitet werden dürfen, die nach Beschaffenheit oder Menge die Fischzucht in den von diesen Bächen oder Flüssen gespeisten geschlossenen Gewässern schädigen können. Diese Frage ist mit dem Berufungsrichter zu bejahen. Das Gesetz findet nach § 1 Anwendung auf die Küsten- und Binnenfischerei in allen „unter Unserer Hoheit befindlichen Gewässern". Nach § 3 ist die Binnenfischerei im Sinne des Gesetzes diejenige Fischerei, die in den übrigen Gewässern außer der Nord- und Ostsee, den offenen Meeresbuchten, den Haffen und den größeren Strömen vor ihrer Einmündung in das Meer betrieben wird. Der Ausdruck „Fischerei" umfaßt hier wie auch sonst im Gesetze (§ 185, I. 9 A.L.R.) den Fischfang überhaupt, also auch die Fischerei in geschlossenen Gewässern, wo sie sich als bloße Ausübung des Grundeigentums darstellt. Darüber hat das Fischereigesetz selbst in seinen weiteren Bestimmungen keinen Zweifel

gelassen. Vergl. §§ 4, 5 Abs. 3, 10 Nr. 2, 25, 27, 32, 37, 44 und die Motive zu §§ 1—4. Der § 43 unterscheidet nun nicht zwischen den fremden Fischereirechten in nicht geschlossenen und in geschlossenen Gewässern und es läßt sich auch nicht behaupten, daß unter den Fischereirechten nur die besonderen für sich bestehenden Berechtigungen zum Fischen, nicht aber das Recht des Grundeigentümers, in seinen Teichen zu fischen und Fischzucht zu treiben, was nur eine im Eigentum selbst liegende Nutzungsart desselben ist, verstanden werden könnten. Der Ausdruck kann im engeren und im weiteren Sinne gemeint sein. Auch das eben gekennzeichnete Recht des Grundeigentümers läßt sich als Berechtigung zur Ausübung der Fischerei bezeichnen (vergl. § 185, I. 9 A.L.R.). Hätte das Gesetz den geschlossenen Gewässern den Schutz des § 43 versagen oder nur in beschränktem Maße gewähren wollen, so würde es dies seiner ganzen Struktur nach direkt ausgesprochen, nicht aber einen verschiedener Auffassung fähigen Ausdruck gewählt haben. Diesen Erwägungen gegenüber kann ein entscheidendes Gewicht nicht darauf gelegt werden, daß durch die Anwendung des § 43 auf den Schutz der künstlichen Fischzucht die landwirtschaftlichen und gewerblichen Betriebe in der Benutzung der Bäche und Flüsse zur Abführung ihrer Abwässer weiter beschränkt werden, als dies zur Erhaltung des natürlichen Fischreichtums der Gewässer, die das Gesetz in erster Linie bezweckt, notwendig erscheint. Dem Berufungsgericht ist ferner darin beizustimmen, daß der § 43 Abs. 1 des Fischereigesetzes ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz im Sinne des § 26, I. 6 A.L.R. ist. Es ist dazu, wie das Reichsgericht bereits vielfach angenommen hat, nicht erforderlich, daß das Gesetz eine ganz bestimmte jede eigene Prüfung des Handelnden ausschließende Vorschrift enthält. Daß derartige Vorschriften nicht als Polizeigesetze angesehen werden können, ist in dieser Allgemeinheit im Urteile im Falle Nr. 1385 nicht ausgesprochen worden. Die Erwägungen jenes auf den § 120 G.O. (in der damaligen Fassung) bezüglichen Urteils treffen nicht zu auf diejenigen Gesetze, die zur unmittelbaren Anwendung im Einzelfalle bestimmt und deren Nichtbeobachtung wie hier (§ 50 Nr. 5 des Fischereigesetzes) mit Strafe bedroht ist, bei denen also der Gesetzgeber den Standpunkt einnimmt, daß ihre Beobachtung im Einzelfalle keine dem Handelnden nicht zuzumutende Prüfung erfordere. Hiernach läßt sich gegen die Anwendung des § 26, I. 6 A.L.R. nichts erinnern, und es bedarf, um die Entschädigungspflicht des Beklagten zu begründen, nicht des Nachweises, daß die Zuleitung der Abwässer seiner Fabrik thatsächlich den Schaden im ganzen Umfange bewirkt habe; vielmehr genügt in dieser Beziehung die Möglichkeit des Kausalzusammenhanges. Die anderen Ursachen, die der Beklagte anführt, schließen, wenn die vorgetrageuen Thatsachen auch richtig und eine schädliche Einwirkung derselben auf die Fische des Klägers ebenfalls möglich sein sollte, doch die Möglichkeit nicht aus, daß ein Schade nicht eingetreten sein würde, wenn der Beklagte der Vorschrift des § 43 des Fischereigesetzes nicht zuwider gehandelt hätte. Dagegen kann es nicht gebilligt werden, daß das Berufungsgericht sich bei der Anwendung des § 26, I. 6 A.L.R. jedes Eingehens auf die Frage des Verschuldens des Beklagten mit dem Satze entschlägt, die Übertretung des § 43 a. a. O. sei grobes Versehen und bleibe ein solches trotz der Versuche des Beklagten, sich zu exkulpieren. Vom Reichsgericht ist in konstanter Praxis angenommen worden, daß der § 26, I. 6 A.L.R., der in der Hauptsache eine Vermutung für den Kausalzusammenhang aufstellt und dabei bestimmt, die Sache sei so anzusehen, als wäre der Schade unmittelbar aus der Handlung des Beschädigers entstanden, im übrigen von den allgemeinen Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht keineswegs absieht und daß daher hier wie sonst ein Verschulden des Beschädigers erfordert wird, das zwar regelmäßig schon in der Nichtbeobachtung des Polizeigesetzes zu finden sein wird, das aber doch durch den Nachweis besonderer Umstände ausgeschlossen werden kann. Es ist allerdings im Auge zu behalten, daß das Verschulden bei der Vernachlässigung eines Polizeigesetzes sich auf die Nichtbeachtung desselben beziehen muß, nicht aber deshalb ausgeschlossen erscheint, weil der Handelnde die schädlichen Folgen nicht

vorausgesehen hat und auch bei gehöriger Aufmerksamkeit nicht voraussehen konnte. Denn derjenige, welcher schuldbarerweise einem Verbotsgesetze zuwider handelt, haftet nach § 13, I. 6 A.L.R. auch für den nicht voraussehbaren, zufälligen, Schaden. Es kann also das hier erforderliche Verschulden nicht in der Voraussehbarkeit des Schadens, sondern nur in dem wissentlichen oder fahrlässigen Zuwiderhandeln gegen das Gesetz selbst gefunden werden. Wenn aber das Gesetz nicht eine Handlung schlechthin, sondern wie der § 43 des Fischereigesetzes nur soweit verbietet, als sie schädigend wirken könnte, so daß dem Ermessen des Handelnden in dieser Richtung Spielraum bleibt, so liegt eine Fahrlässigkeit und ein Verschulden bei der Nichtbeobachtung des Gesetzes nicht vor, wenn der Handelnde mit Fug und Recht glauben konnte, daß seine Handlung nicht schädigend wirken könne. Der Beklagte hat eingewendet, daß er die Abwässer nur in geklärtem Zustande habe in den Bach gelangen lassen und daß das von ihm dazu angewandte Verfahren als ganz zuverlässig gelte, auch von den Behörden empfohlen sei. Es beruht auf Rechtsirrtum, wenn das Berufungsgericht hierin einen dem Gesetze gegenüber nicht beachtlichen Versuch, sich zu entschuldigen, findet.

Nr. 2122. II. Hilfs-Sen. 4. März 1880. V^a. 52. 79. Bd. 2, Nr. 83, S. 316.

Landsee. Grenzregulierung. § 49 Einl. §§ 242, 248, I. 9 A.L.R. (Preuß. R.). Mögen immerhin die gemeinrechtlichen Bestimmungen, insbesondere in der Art, wie sie zur Zeit der Entstehung des A.L.R aufgefaßt wurden, insofern von Wert für die Auslegung der landrechtlichen Vorschriften sein, als sich aus diesen ergiebt, daß sie nichts Neues oder Eigentümliches haben festsetzen wollen. Lediglich der Umstand, daß das A.L.R. nach Ansicht des Richters keine ausreichende Bestimmung über eine spezielle Frage enthält, berechtigt jenen noch nicht, ohne Weiteres auf das gemeine Recht zurückzugehen und die Frage nach diesem zu entscheiden. Der § 49 Einl. zum A.L.R. weist auf die Analogie hin. Solche analoge Vorschriften enthält das A.L.R. für den vorliegenden Fall. Dies sind die Bestimmungen der §§ 242 (zurückzuführen auf § 41 der Wasser- und Uferordnung vom 2. Dezember 1774) und 248, I. 9 A.L.R. Danach ist, falls die Grenze zwischen einem im Privateigentum stehenden Landsee und dem angrenzenden Lande anderweit nicht ermittelt werden kann, der Wasserspiegel des Sees bei mittlerem Wasserstande als die Grenze zu betrachten. Die Grenze, wie sie dementsprechend gegenwärtig festgestellt wird, bleibt dann unverändert, wenn auch künftig der mittlere Wasserstand ein anderer werden sollte. Denn der Eigentümer des Sees ist auch Eigentümer des Seebettes, soweit der See reicht. Dadurch, daß der See zurücktritt, wird in seinen Eigentumsrechten nichts geändert. Er bleibt Eigentümer auch des trockengelegten Teils des Seebettes.

Nr. 2123. II. Hilfs-Sen. 28. Oktober 1880. V^a. 104. 79. Bd. 3, Nr. 69, S. 245.

Eigentum an Landseen. (Preuß. R.). Nach den §§ 176, 267, 268, I. 9 und § 73, II. 15 A.L.R. steht, wie sich aus dem Zusammenhange dieser Vorschriften ergiebt, gesetzlich das Eigentum an einem Landsee, ebenso wie an einem Privatflusse, den Anliegern nach der Ausdehnung des Uferbesitzes und bis zur Mitte des Gewässers als Ausfluß ihres Eigentumsrechts an den Ufergrundstücken zu. Davon abweichende Vorschriften enthält auch das ostpreußische Provinzialrecht nicht. Der Umstand, daß der Grund und Boden des hier in Betracht kommenden Landstriches sich zu früheren Zeiten in dem besonderen Eigentum des Landesherrn, in diesem Falle des Deutschen Ordens befunden hat, begründet nicht die Vermutung für das Eigentum des Fiskus an den innerhalb der Grenzen jenes Landstriches belegenen Sees. Aus einem Vertrage, mittels dessen der Fiskus die Fischerei in einem Landsee in Erbpacht überlassen hat, folgt nicht, daß der Fiskus als Eigentümer des Sees gehandelt haben muß und deshalb sein Eigentum von dem Erbpächter in rechtsverbindlicher Weise anerkannt ist.

Nr. 2124. V. Sen. 6. Juli 1895. V. 24. 95. Bd. 35, Nr. 78, S. 312.

Seen, die einen Abfluß haben, als Privatflüsse nach dem Gesetz vom 20. Februar 1843. (Preuß. R.). Die beklagte Eisenbahngesellschaft entnimmt, ihrer Behauptung nach seit 1881, aus dem der Stadt N. gehörenden See auf Grund eines mit der Stadt geschlossenen Vertrages mittelst einer Röhrenleitung Wasser, das sie nicht zurückleitet. Auf Antrag des Klägers, dessen Mühle an dem den Ausfluß des Sees bildenden Wasserlaufe liegt, ist ihr dies durch das Berufungsurteil bei Strafe untersagt worden. Die hiergegen von der Beklagten eingelegte Revision ist zurückgewiesen. Nach der unangefochtenen Feststellung des Berufungsgerichts steht nur der See (auf Grund Ankaufes vom Fiskus im Jahre 1836) im Eigentume der Stadt, nicht aber der Abfluß des Sees, an welchem die Mühle des Klägers liegt. Der § 1 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 rechnet zu den Privatflüssen insbesondere auch die „Seen, welche einen Abfluß haben" und gesteht, abgesehen von den durch örtliche Gesetze oder spezielle Rechtstitel begründeten Ausnahmen, die in den §§ 13 ff. des Gesetzes näher bestimmte Befugnis zur Benutzung des an seinem Grundstücke vorbeifließenden Wassers jedem Ufereigentümer zu, „sofern nicht Jemand das ausschließliche Eigentum des *Flusses* hat". Die Revision, welche Verletzung dieser Gesetzesvorschrift deshalb rügt, weil die Stadt N. ausschließliche Eigentümerin des Sees sei, aus dem die Beklagte das Wasser ableitet, übersieht, daß das Gesetz einen See, der einen Abfluß hat, eben mit Rücksicht auf diesen Abfluß zu den Privatflüssen (den fließenden nicht öffentlichen Gewässern) rechnet, daß also im Sinne des Gesetzes der See *mit seinem Abflusse* (und dem etwaigen Zuflusse) *zusammen* als der Fluß, der See selbst als Teil (Strecke) des Flusses anzusehen ist. Der Umstand aber, daß ein einzelner Teil eines Flusses einen von den Uferbesitzern verschiedenen Eigentümer hat, schließt, abgesehen von den hieraus für die Uferbesitzer dieser Strecke sich ergebenden Folgen, die Anwendbarkeit des Gesetzes nicht aus und kann sie nach dem Zwecke des Gesetzes nicht ausschließen. Wie vielmehr dem Eigentümer einer solchen Strecke (eines im Laufe eines Privatflusses liegenden Sees), der Schutz des Gesetzes, insbesondere die Befugnis, den Oberliegenden eine der Bedingung des § 13 Abs. 2 des Gesetzes (Zurückleitung) nicht entsprechende Wasserableitung zu untersagen, nicht deswegen versagt werden dürfte, weil durch sein, für diese Strecke ausschließliches, Eigentum die Anwendbarkeit des Gesetzes wegfalle, so spricht auch mit Recht das Berufungsgericht die gleiche Befugnis dem Kläger als dem unterhalb liegenden Uferbesitzer gegenüber der Eigentümerin der oberhalb liegenden Flußstrecke und der von dieser ihr Recht ableitenden Beklagten zu. Der Hinweis der Revision auf die Rechtsprechung hinsichtlich der *Quellen* trifft nicht zu. In den Fällen Nr. 2118, Nr. 2119 ist anerkannt, daß die Quelle eines Gewässers, das im übrigen die Eigenschaften eines (nicht im ausschließlichen Eigentume eines Einzelnen stehenden) Privatflusses hat, als Teil des Privatflusses denselben Rechtsnormen wie dieser unterliegt. Nur die die Quelle speisenden unterirdischen Wasseradern sind von der Anwendbarkeit dieser Rechtsnormen ausgeschlossen, weil sie nicht Teile des Flusses sind. Der „spezielle Rechtstitel", auf den die Beklagte sich beruft, der Vertrag mit der Stadt N., ist kein Rechtstitel *gegenüber dem Kläger* und konnte somit weder dessen Rechte an dem Flusse aufheben, noch bildet er einen Titel zum Ersitzungserwerbe eines das Untersagungsrecht des Klägers aus § 13 Nr. 2 des Gesetzes ausschließenden dinglichen Rechts. Deshalb erübrigt sich die weitere Erörterung der Frage, wieweit überhaupt die Stadt als Eigentümerin einer Flußstrecke (des Sees) zur Übertragung der ihr zustehenden Wassernutzungsrechte an Dritte befugt sei.

Nr. 2125. I. Sen. 6. November 1886. I. 297. 86. Bd. 17, Nr. 29, S. 119.

Rechtsverhältnis zwischen Ober- und Unterlieger in betreff des abfließenden Wassers. (Gem. R.). Nach gemeinem Recht besteht nur eine Pflicht des niedriger gelegenen Grundstücks zur Aufnahme des vom höher gelegenen abfließenden Wassers,

kein Recht auf Zuführung desselben (l. 1 § 11; l. 21 Dig. de aqua et aqu. pluv. 39, 3). Es kann aber ein servitutartiges Recht auf Nichthinderung des Zuflusses oder ein reallastartiges Recht auf Zuleitung des Wassers gegenüber den höher gelegenen Grundstücken erworben werden. Der Erwerb eines solchen Rechts kann nach gemeinem Rechte durch Ersitzung herbeigeführt werden, wozu unvordenklicher Besitz nicht erforderlich ist, soweit nach der Natur des zu erwerbenden Rechtes Ersitzung in bestimmter Zeit stattfindet. Die Thatsache, daß ein das Wasser zuleitender Graben seit unvordenklicher Zeit bestanden hat, genügt nicht. Die Ansicht, daß, wenn ein Graben einem Grundstücke Wasser zuführt, die Unvordenklichkeit dieses Zustandes und der Benutzung des Wassers durch den Grundeigentümer ausreiche, um ein Recht desselben auf den Wasserbezug anzuerkennen, ist allerdings in der Rechtsprechung einiger Gerichtshöfe angenommen. Indessen stehen der entgegengesetzten Meinung überwiegende Gründe zur Seite. c. 6 und 7 Cod. de serv. et aqua 3, 34 entscheiden die Frage nicht, ebensowenig andere Quellen des römischen Rechts. Maßgebend ist die Natur der Unvordenklichkeit des Besitzes, wie sie sich unter dem Einflusse des kanonischen Rechts, germanischer Vorstellungen und deutscher Reichsgesetze für das heutige gemeine Recht gestaltet hat, welches, im Gegensatz zum Herkommen (Observanz) als Rechtsnorm, die Unvordenklichkeit des Besitzes (die Immomorialverjährung) als Erwerbsgrund subjektiver Rechte oder Rechtsvermutung für den Erwerb solcher Rechte auffaßt. Auch die unvordenkliche Verjährung erfordert daher den Nachweis eines Zustandes, welcher sich durch erkennbare Thatsachen nach außen hin als Rechtszustand kundgiebt, d. h. von Handlungen, aus denen man erkennen kann, daß die Zuführung des Wassers durch den Graben als ein Recht in Anspruch genommen ist. Nr. 1835. Nr. 1432.

Nr. 2126. V. Sen. 13. April 1889. V. 9. 89. Bd. 24, Nr. 45, S. 212.

Vorflut. Schutz gegen wild abfließendes Wasser. (Preuß. R.). Der Berufungsrichter faßt die Klage in ihrer (ursprünglichen) Begründung mit Recht als die Eigentumsfreiheitsklage auf, deren Antrag nur deshalb auf Entschädigung und nicht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes gerichtet sei, weil diese durch die öffentliche Bestimmung der Straßenanlage ausgeschlossen werde. Die beklagte Gemeinde hat, ohne ein eigens dem Zwecke der Ansammlung und geregelten Ableitung des Tagewassers dienende Anlage zu machen, lediglich durch die Regulierung und Pflasterung der Straße die Wirkung hervorgerufen, daß das Tagewasser dem Kläger in größerer Menge oder Geschwindigkeit zufließt. Mit Recht nimmt der Berufungsrichter an, daß dies, mangels eines besonderen dem Kläger zur Seite stehenden Untersagungsrechts, der Beklagten nicht gewehrt werden kann. Aus dem Begriffe des Eigentums folgt als der das Verhältnis der Eigentumsnachbarn regelnde oberste Grundsatz, daß der Eigentümer bei seinem Schalten *innerhalb der Raumsphäre seines Grundstücks* nicht gehalten ist, die Interessen seiner Grundstücksnachbarn zu berücksichtigen (§§ 13, 25, 26, I. 8 A.L.R.). Nur darf er diese Schranke nicht überschreiten und damit in die Eigentumssphäre des Nachbarn eingreifen. Ein solcher Eingriff ist vorhanden, wenn der Eine das Wasser, sei es, daß es sich auf der Oberfläche seines Grundstücks nach den Naturgesetzen niederschlägt (Tagewasser), sei es, daß es künstlich dorthin geschafft war, durch besonders *zu diesem Zwecke* hergestellte Vorrichtungen auf die Grenze des Anderen leitet (von der nicht unbedingt gleicher Beurteilung unterliegenden Zuleitung in die zum Zwecke der Wasseraufnahme von Natur oder künstlich bestehenden Wasserzüge, die Flüsse und Gräben, ist hier nicht die Rede), und eine solche *Zuleitung* braucht daher der Unterliegende nicht zu dulden. Dagegen würde es eine Beschränkung des oberliegenden Grundbesitzers in dem Rechte zur freien wirtschaftlichen Benutzung seines Grundstückes sein, wenn er verpflichtet sein sollte, im Interesse der Nachbargrundstücke sich aller solchen Veränderungen auf seinem Grundstücke zu enthalten, welche das Zuströmen des ohne sein Zuthun dort zeitweilig vorhandenen Wassers, des Tagewassers, zu dem Nachbargrundstücke

vermehren, ohne daß die Veränderungen in solchen Anstalten bestehen, welche den Zweck einer derartigen Einwirkung auf das Nachbargrundstück haben. Mit diesen aus allgemeinen Rechtsbegriffen abzuleitenden Sätzen wird freilich den Kollisionen der Interessen noch nicht vollständig abgeholfen, welche aus dem Bedürfnisse eines jeden Grundbesitzers, des der Bodenbenutzung hinderlichen Tagewassers sich zu entledigen, hervorgehen können. Hier hat, wie in ähnlichen nachbarlichen Verhältnissen, die positive Gesetzgebung einzugreifen. Das römische Recht, welchem die meisten neueren Gesetzgebungen folgen, giebt dem Oberliegenden weitergehende Befugnisse, indem es den Unterliegenden verpflichtet, das Tagewasser aufzunehmen. Grundsätzlich allerdings nur, soweit der natürliche Lauf es ihm zuführt; dem Unterliegenden steht (ebenso wie dem Oberliegenden gegen Behinderung des Wasserlaufes) die aquae pluviae arcendae actio (l. 1 § 1 Dig. de aqua et aquae pl. arc. 39, 3) zu. Damit hat aber dem Oberliegenden nicht jede den Wasserlauf beeinflussende Veränderung auf seinem Grundstücke untersagt sein sollen, vielmehr wird auch gegen ein opus manu factum die Klage versagt, si agri colendi causa id factum sit (l. 1 § 15 Dig. eod.), was mit Recht dahin generalisiert wird, daß die Klage nur gegeben sei gegen eine zur Veränderung des Wasserlaufes gemachte Vorrichtung. Nr. 2099. Das preußische A.L.R. geht nicht soweit wie das römische Recht in der Beschränkung des Unterliegenden. Nur gegen Entschädigung kann der, welcher sich auf andere Weise des Tagewassers nicht entledigen kann, die Gestattung der Vorflut von dem Unterliegenden erzwingen (§§ 103 ff. I. 8 A.L.R.). Im übrigen aber wird (102 das.) nur das Recht des Unterliegenden anerkannt, gegen das außerhalb der ordentlichen Kanäle und Gräben wild ablaufende Wasser seine Grundstücke zu decken. Diese Befugnis entspringt ebenso dem Begriffe des Eigentums wie die Befugnis des Oberliegenden, das Wasser wild ablaufen zu lassen. Eines besonderen Ausdruckes im Gesetze bedurfte sie nur, um die gewollte Änderung des gemeinen Rechts ersichtlich zu machen. Nr. 1846. Eine weitere Beschränkung des Oberliegenden als die Aufhebung der gemeinrechtlichen Befugnis, die Aufnahme des wild ablaufenden Wassers vom Unterliegenden unentgeltlich zu beanspruchen, insbesondere eine Beschränkung seiner Befugnis, sein Grundstück nach Ermessen zu bewirtschaften, ist aber mit jener Bestimmung weder beabsichtigt noch zum Ausdruck gebracht worden. Das Wasser, gegen welches sich selbst zu decken er dem Nachbarn überlassen darf, muß nur wild ablaufendes bleiben; von Gräben und Kanälen sind nur die „ordentlichen" d. h. diejenigen, durch welche „das Wasser seinen ordentlichen und gewöhnlichen Ablauf hat" (§ 100 das.), nicht aber solche, welche auf des Nachbars Grenze zuführen und dort keinen weiteren Ablauf haben, gestattet. Durch sonstige Änderungen in der wirtschaftlichen Benutzung des oberen Grundstücks hört aber das Tagewasser nicht schon dann auf, wild ablaufendes zu sein, wenn es nunmehr stärker als zuvor abläuft. Nicht im Widerspruch hiermit steht die Vorschrift in § 289, I. 8 A.L.R., daß, wer ein Gebäude an der Grenze aufführt, die Dachtraufe weder auf des Nachbars Grund und Boden, noch über denselben hinweg leiten darf. Das Letztere ist ein körperlicher Eingriff in den Luftraum des Nachbarn, das Erstere eine unmittelbare Immission auf das Nachbargrundstück, also eine Verfügung des Bauenden außerhalb der eigenen Grenzen. Ob durch an sich zulässige Änderungen auf dem oberliegenden Grundstück ein Zustand verändert wird, welcher schon seit unvordenklicher Zeit bestand, ist unerheblich. Die Befugnis zur Verfügung über das eigene Grundstück gehört zu den „Rechten der natürlichen oder der allgemeinen bürgerlichen Freiheit (res merae facultatis)", welche durch Nichtgebrauch nicht verloren gehen (§ 505, I. 9 A.L.R.) und die Unvordenklichkeit ist nach preußischem Rechte überhaupt zur Begründung oder Veränderung von Rechten nicht wirksam. Hiernach hat der Berufungsrichter durch die Formulierung und Anwendung des Rechtssatzes, „daß der natürliche Ablauf des Regenwassers auf das tieferliegende Grundstück, wie solcher durch die jeweilige Gestaltung der Oberfläche des höherliegenden Grundstücks bedingt ist, nicht als eine rechtswidrige Immission betrachtet

werden darf" weder die allgemeinen Rechtssätze über die Verhältnisse der Grundstücksnachbarn noch die besonderen Vorschriften über die Vorflut verletzt.

Nr. 2127. II Hilfs-Sen. 24. März 1881. V^a. 627. 80. Bd. 4, Nr. 77, S. 282.

Rückstaurecht; Erwerb durch Ersitzung, Bedeutung des § 13 des Gesetzes über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843. (Preuß. R.). Man könnte versucht sein, aus verschiedenen Bestimmungen des Kulturedikts vom 14. September 1811, der Ablösungsordnung vom 7. Juni 1821 und der Verordnung vom 20. Juni 1817 den allgemeinen Grundsatz herzuleiten, daß Verträge, wodurch kulturschädliche Verhältnisse in Grundstücken begründet werden, gesetzlich unzulässig seien. Ein so allgemeiner Grundsatz ist aber in dem Gesetze nirgends ausgesprochen, vielmehr hat die Rücksicht auf das allgemeine Kulturinteresse nur dahin geführt, die Konstituierung bestimmter Belastungen von Grundstücken teils gänzlich zu untersagen teils wenigstens ihre Begründung durch Verjährung auszuschließen. Daß der Gesetzgeber eine Stauberechtigung, wodurch benachbarte Grundstücke überschwemmt werden, dem allgemeinen Landesinteresse zuwiderlaufend nicht erachtet hat, geht aus den Bestimmungen der §§ 24 und 25 Nr. 3 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 selbst klar hervor, da diese annehmen, daß eine Stauberechtigung dem allgemeinen Kulturinteresse sogar so nützlich sein könne, um einen zwangsweisen Verzicht auf die Beschränkung des § 13 Nr. 1 a. a. O. gegen Entschädigung zu rechtfertigen. Es ist daher die vertragsmäßige Einräumung einer Stauberechtigung, wodurch benachbarte Grundstücke überschwemmt werden, zulässig, und daraus folgt dann die Zulässigkeit ihrer Ersitzung von selbst. Mit den Worten in § 13 Nr. 1 a. a. O. „unter allen Umständen" hat nicht die Absolutheit des Verbotes, sondern nur so viel ausgedrückt werden sollen, daß der eine Überschwemmung oder eine Versumpfung bewirkende Rückstau auch dann nicht erlaubt sein solle, wenn er nicht über die Grenzen des eigenen Grundstücks hinausgeht. Nr. 2101.

Nr. 2128. II. Sen. 24. November 1896. II. 213. 96. Bd. 38, Nr. 75, S. 274.

Berechtigung des Uferbesitzers an einem Privatflusse, das an seinem Grundstücke vorbeifließende Wasser durch eine künstliche Anlage dem Grundstücke eines unterhalb gelegenen Uferbesitzers zuzuführen. (Preuß. R.). Das Berufungsgericht wies die Klage ab. Das Berufungsurteil ist auf die Revision der Kläger aufgehoben und die Sache zu anderweitiger Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Der Klagantrag war dahin gerichtet, dem Beklagten zu untersagen, das im Mühlenteiche der Stadt Wittlich an seinem Besitztum unterhalb der Stadt Wittlich vorbeifließende Wasser der Lieser Dritten zu überlassen und zuzuleiten, soweit dasselbe für den Betrieb der abwärts an der Lieser gelegenen Mühlen der Kläger erforderlich ist, sowie dem Beklagten für jeden Fall der unbefugten Stauung und Überleitung nach fremden Grundstücken eine Geldstrafe anzudrohen. Das Oberlandesgericht geht davon aus, daß der von dem Lieserbache abgeleitete und demnächst in diesen zurückgeführte Mühlengraben, von welchem der in Frage stehende Graben zu den K.schen Wiesen ausgeht, als ein Privatfluß im Sinne des Gesetzes vom 28. Februar 1843 zu erachten sei, und es ist demnach von dieser Annahme, die nach Lage der Sache als eine rechtsirrtümliche nicht erachtet werden kann, auch bei Beurteilung der Revision auszugehen. Danach ist es zunächst nicht zutreffend, wenn das Oberlandesgericht in zweiter Linie den Klaganspruch auf Untersagung der Abgabe von Wasser aus dem Mühlenteiche zur Bewässerung der K.schen Wiesen um deswillen für unbegründet erachtet hat, weil nach dem in der ersten Instanz erstatteten Gutachten die stattfindende Wasserableitung von keinem nachteiligen Einflusse auf den Mühlenbetrieb der Kläger sei. Es ist in den Vorinstanzen festgestellt, daß das sämtliche Wasser, das auf Grund des Vertrages zwischen dem Beklagten und der K.schen Verwaltung vom Juli 1893 welcher den Anlaß zur Klage gegeben hat, durch Verdunstung und Versickerung absorbiert, sonach auch nicht

zum Teil dem Lieserbach wieder zugeführt wird. Nach § 13 Nr. 2 des Gesetzes vom 28. Februar 1843, das insoweit im Gebiete des rheinischen Rechts an die Stelle des im wesentlichen gleiche Bestimmungen enthaltenden Art. 644 code civil getreten ist, unterliegt das dem Uferbesitzer nach § 1 des angeführten Gesetzes zustehende Recht zur Benutzung des vorüberfließenden Wassers der Beschränkung, daß das abgeleitete Wasser in das ursprüngliche Bett des Flusses zurückgeleitet werden muß, bevor dieser das Ufer eines fremden Grundstückes berührt. Die Ableitung des Wassers aus einem Privatfluß ohne Wiederzuleitung ist objektiv unberechtigt und verletzt die Rechte der unterliegenden Uferbesitzer, auch wenn ihnen ein aktueller Schade dadurch nicht zugefügt wird. Durch die Feststellung der mangelnden Einwirkung auf den Mühlenbetrieb der Kläger kann daher der auf das Gesetz über die Privatflüsse gestützte Klaganspruch nicht beseitigt werden. Der vom Landgericht zugesprochene Klagantrag geht zwar nur dahin, die Wasserableitung zu untersagen, soweit das Wasser zum Betriebe der unterhalb liegenden Mühlen erforderlich ist. Es ist aber nicht anzunehmen, daß die Kläger, die von der Voraussetzung der Schmälerung des Mühlenbetriebes durch die Wasserableitung ausgehend auch für die zukünftigen Verhältnisse und Zeiten die Herstellung des gesetzlichen Zustandes in ihrem Interesse erstreben, durch jene Angabe in ihrer Klage irgendwie auf ihre Rechte verzichten bezw. sie nur in beschränktem Maße in Anspruch nehmen wollten. Hiernach kann unerörtert bleiben, ob, wie die Revision geltend gemacht hat, insoweit dem Urteile auch ein prozessualer Mangel anhaftet, als die bezüglich der Frage der Wasserableitung auf den Mühlenbetrieb von den Klägern in der zweiten Instanz angetretenen Beweise überhaupt bezw. ohne jegliche Begründung unberücksichtigt geblieben sind. Das Oberlandesgericht hat sodann die fragliche Wasserzuleitung zu den K.schen Wiesen auf Grund des Vertrages vom Juli 1893 um deswillen für eine berechtigte erklärt, weil diese Wiesen unterhalb an den Lieserbach angrenzen und dem Eigentümer derselben daher an sich ein Recht auf die Benutzung dieses Wassers nach § 1 des Gesetzes zustehe. Dabei wird anerkannt und ausgesprochen, daß die Verpflichtung der Wiederzuleitung des Wassers in den Lieserbach gegenüber den Klägern allerdings bestehe, aber nicht auf seiten des Beklagten, sondern auf seiten der K.schen Verwaltnng. Diesen rechtlichen Ausführungen kann nicht beigepflichtet werden. Der Uferbesitzer an einem Privatflusse hat, wie früher nach Art. 644 code civil, so jetzt nach § 1 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 ein Recht auf die Benutzung des Wassers nur, soweit dasselbe in dem Bachbett an seinem Grundstücke vorbeifließt. Wo das Bett sein Grundstück berührt, darf er das Wasser dem Bache entnehmen mit der Verpflichtung der Wiederzuleitung, *bevor* der Fluß sein Grundstück verläßt. Ein Recht an dem Wasser, das noch oberhalb seines Grundstücks sich befindet, hat er nur insoweit, als er die Wiederzuleitung von dem benutzenden Oberlieger beanspruchen kann. Gerade in dieser der Natur der Verhältnisse entsprechenden Art des Benutzungsrechts findet das in Frage stehende quasiservitutische Verhältnis im Interesse der sämtlichen Uferbesitzer seine naturgemäße Regelung und Beschränkung. Die von dem Beklagten der K.schen Verwaltung durch Vertrag eingeräumte Wasserableitung ist daher gegenüber den Klägern, soweit lediglich die *gesetzlichen* Verhältnisse maßgebend sind, unberechtigt. Es ist nicht richtig, daß die Kläger nur einen Anspruch an die K.sche Verwaltung auf Wiederzuführung des Wassers in das Bachbett erheben könnten. Die Rechtswidrigkeit liegt schon in der Ableitung in Verbindung mit den sich von selbst ergebenden Folgen, und diese ist herbeigeführt und veranlaßt durch den Beklagten. Die K.sche Verwaltung wäre, wenn von ihr die Wiederzuführung verlangt würde, in der Lage, geltend zu machen, daß sie das abgeleitete Wasser nicht auf Grund des Gesetzes, sondern auf Grund eines Privatvertrages beziehe, daß daher die gesetzlichen Vorschriften auch rücksichtlich der Wiederzuführung auf das vorliegende Verhältnis nicht anwendbar seien; und es würde dann die Annahme des Oberlandesgerichts thatsächlich dahin führen, die Kläger völlig rechtlos zu stellen. Sollten, was bisher nicht festgestellt ist, die K.schen Grundstücke unmittelbar

an das Eigentum des Beklagten an dem Bachbett angrenzen, und danach der § 13 Abs. 2 des angeführten Gesetzes zur Anwendung kommen, so würde auch hiernach der Klaganspruch gegenüber dem Beklagten begründet sein und zwar wiederum um deswillen, weil von ihm die Ableitung durch die Abschließung des erwähnten Vertrages veranlaßt wurde und er daher verpflichtet ist, den von ihm herbeigeführten rechtswidrigen Zustand zu beseitigen und für Wiederzuleitung des Wassers zu sorgen. In der Sache kommt es insbesondere noch darauf an, ob der K.schen Verwaltung, wie der Beklagte eventuell behauptet hat, ein tituliertes wohlerworbenes Recht auf die streitige Wasserleitung zusteht.

Nr. 2129. II. Sen. 10. Januar 1881. II. 181. 80. Bd. 4, Nr. 91, S. 344.

Entziehung des Wassers eines Privatflusses durch Anlagen auf dem Grundstücke eines Uferbesitzers, Wiederherstellungs- und Entschädigungspflicht. (Preuß. und Rhein. R.). Der Wasserlauf eines Privatflusses ist von den sämtlichen Grundstücken, die derselbe berührt, gemeinschaftlich zu benutzen (vergl. Art. 644 code civil). Es macht sich also der Uferbesitzer, der das Wasser desselben den unterhalb liegenden Adjazenten entzieht, eines Eingriffes in deren Rechte schuldig, den er durch die Berufung auf sein Eigentum und die ihm zustehende freie Benutzung desselben nicht stützen kann. Der in dem Gesetze über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 §§ 1, 13 dem Uferbesitzer auferlegten Verpflichtung handelt auch der zuwider, der durch seine Arbeiten oder Anlagen auf dem Ufergrundstücke, auch ohne dahin gerichtete Absicht, bewirkt, daß das Wasser unterirdisch abfließt und so absorbiert wird. Nr. 2118.

Nr. 2130. V. Sen. 21. Juni 1890. V. 55. 90. Bd. 26, Nr. 55, S. 294.

Mühlenschutz; „ausdrücklich verliehene Rechte". § 16 des Gesetzes vom 28. Februar 1843. (Preuß. R.). Die Vorderrichter stimmen darin überein, daß der erst im Jahre 1847 errichteten Mühle des Klägers die Bestimmungen des § 16 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 nicht zu statten kommen, auch nicht der Schlußsatz des § 16, weil dem Kläger ein ausdrücklich verliehenes Recht im Sinne dieser Vorschrift nicht zur Seite steht. Die dem Vorbesitzer des Klägers seitens der Landespolizeibehörde erteilte Genehmigung zur Errichtung der Mühle kann als Verleihung eines Rechtes nicht angesehen werden. Unter einem „ausdrücklich verliehenen Rechte" muß etwas Anderes und mehr verstanden sein als die für alle Triebwerke (nach § 235, II. 15 A.L.R. §§ 5, 6 des Edikts vom 28. Oktober 1810, Kabinetsordre vom 23. Oktober 1826) erforderliche polizeiliche Genehmigung. — Es bleibt zu prüfen, in welchem Verhältnisse das Gesetz vom 28. Februar 1843 zu § 246, II. 15 A.L.R. steht und ob danach der Mühlenbesitzer, dem § 16 des erstgedachten Gesetzes nicht zur Seite steht, gegenüber den die Benutzung des Wassers bezweckenden Anlagen des oberliegenden Nachbars sich auf den § 246 a. a. O. berufen kann. Es kann dahingestellt bleiben, ob nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 28. Februar 1843 für eine praktische Anwendung des § 246 a. a. O. überhaupt noch Raum geblieben ist; jedenfalls ist seine Anwendung ausgeschlossen, wenn es sich um eine solche Benutzung des Wassers und um solche diesem Zwecke dienende Anlagen handelt, welche die Grenzen der in §§ 1, 13 des Gesetzes dem Uferbesitzer gegebenen Befugnisse nicht überschreiten. In diesem Falle greifen lediglich die Bestimmungen des Gesetzes vom 28. Februar 1843 Platz. Diese aber gewähren den erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes errichteten Triebwerken kein Widerspruchsrecht gegen neue Anlagen zur Wasserbenutzung, solange sich diese in den allgemeinen gesetzlichen Grenzen halten.

Nr. 2131. VI. Sen. 10. Dezember 1894. VI. 254. 94. Bd. 34, Nr. 62, S. 254.

Tragweite der Entscheidung des Verwaltungsgerichts über die öffentlichrechtliche Verpflichtung zur Räumung eines Wasserlaufes. (Preuß. R.). Infolge eines Antrages

des jetzigen Klägers erklärte der Amtsvorsteher in W. mittels Beschlusses vom 14. Juni 1888 den jetzigen Beklagten für verpflichtet, den unterhalb der Mühle des Klägers liegenden auf beiden Seiten von Rittergutsgrundstücken des Beklagten begrenzten Bach, den sogenannten Kunstmühlenbach, soweit es zur Beschaffung der Vorflut notwendig sei, zu räumen. Die vom Beklagten auf Aufhebung des gedachten Beschlusses gegen den Amtsvorsteher und den jetzigen Kläger im Verwaltungsstreitverfahren angestellte Klage wurde durch Urteil des Kreisausschusses vom 11. Oktober 1890/31. März 1891 abgewiesen und diese Entscheidung auf die Berufung des Beklagten durch Urteil des Bezirksausschusses in P. vom 5. November 1891 mit Bezug auf § 100, I. 8 A.L.R. und § 10 des Vorflutsedikts vom 15. November 1811 sowie auch auf § 7 des Gesetzes über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 bestätigt. Erst gegen Ende des Jahres 1892 hat der Beklagte nach Androhung der Zwangsvollstreckung die Räumung des Baches ausgeführt. Nunmehr beansprucht der Kläger vom Beklagten Ersatz des ihm in der Zeit vom 1. November 1889 bis dahin 1892 durch das Unterlassen der Räumung erwachsenen Schadens, den er auf ca. 4000 Mk. berechnet. Durch Zwischenurteil des Landgerichts wurde der Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung des Beklagten ist zurückgewiesen. Auch die Revision war erfolglos. Nach § 66 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 unterliegen Streitigkeiten der Beteiligten darüber, wem von ihnen die öffentlichrechtliche Verbindlichkeit zur Räumung von Gräben und sonstigen Wasserläufen obliegt, nicht mehr wie nach der früheren Gesetzgebung der Entscheidung der ordentlichen Gerichte, sondern ausschließlich der Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren. Bei dieser Bestimmung hat man beabsichtigt, die Entscheidung der streitigen Rechtsfrage der öffentlichrechtlichen Verpflichtung in allen Fällen in *eine* Hand zu legen, um entgegengesetzte Entscheidungen des Verwaltungsrichters und des ordentlichen Richters zu vermeiden. Wenn die Revision diesen Grundsatz hier deshalb für nicht maßgebend hält, weil im vorliegenden Falle dem Verwaltungsstreitverfahren ein Beschluß der Wasserpolizeibehörde vorausgegangen war und deshalb nicht der Abs. 3, sondern die Absätze 1 und 2 des § 66 zur Anwendung kämen, so fehlt es für diese Unterscheidung an jedem gesetzlichen Grunde. Nachdem der Beklagte seine Klage im Verwaltungsstreitverfahren nicht bloß gegen den Amtsvorsteher, vielmehr gemäß Schlußsatzes des Abs. 2 des § 66 zugleich gegen den jetzigen Kläger als den statt seiner zur Räumung des Mühlbaches aus Gründen des öffentlichen Rechts Verpflichteten gerichtet hatte, wurde durch die darauf ergangenen Urteile der Verwaltungsgerichte die Frage, wer nach öffentlichem Recht der zur Räumung Verpflichtete sei, unter den Beteiligten mit denselben Wirkungen entschieden, wie in einem nach Maßgabe des Abs. 3, also ohne vorherige Anordnung der Wasserpolizeibehörde eingeleiteten Verwaltungsstreitverfahren. Ausdrücklich ist nun allerdings im Zuständigkeitsgesetze nicht vorgeschrieben, daß die vom Verwaltungsrichter über die öffentlichrechtliche Verpflichtung getroffene Entscheidung für den Civilrichter bei der Beurteilung eines aus der Nichterfüllung der öffentlichrechtlichen Verpflichtung abgeleiteten Entschädigungsanspruches bindend sei; allein es folgt dies auch ohne ausdrückliche Vorschrift aus den Worten und der erkennbaren Absicht des § 66. Ist unter den Beteiligten der Streit über die Räumungspflicht, soweit sie auf Gründen des öffentlichen Rechts beruht, von den dazu gesetzlich berufenen Verwaltungsgerichten endgültig entschieden, so kann dieser Streit, auch wenn es sich später um vermögensrechtliche Folgen der öffentlichrechtlichen Verpflichtung handelt, nicht nochmals zum Gegenstande einer richterlichen Entscheidung gemacht werden. Die Frage, ob dem Civilrichter die Entscheidung über die öffentlichrechtliche Räumungspflicht vielleicht dann zustehen würde, wenn die Entschädigungsklage wegen Vernachlässigung dieser Pflicht *ohne* vorheriges Anrufen der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte erhoben wäre, bedarf nach den Umständen des vorliegenden Falles keiner Beantwortung. Zur Begründung seines Enschädigungsanspruchs durfte sich somit der Kläger ohne Weiteres darauf berufen, daß die öffentlichrechtliche Verpflichtung des Be-

klagten zur Räumung des Kunstmühlenbaches nach der rechtskräftigen Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren schon vor dem 1. November 1889 bestanden habe und erst nach dem 1. November 1892 erfüllt worden sei. Denn gemäß §§ 8, 9, I. 6 A.L.R. verpflichtet die Unterlassung einer Zwangspflicht zum Schadensersatze nach Maßgabe der §§ 10 ff. das.; und daß es sich hier um eine Zwangspflicht handelt, die der Beklagte gerade gegenüber dem Kläger zu erfüllen hatte, läßt sich nach § 10 des Vorflutgesetzes vom 15. November 1811 und nach dem Inhalte der im Verwaltungsstreitverfahren erlassenen Entscheidungen nicht bezweifeln. Da jedoch durch diese Entscheidungen gemäß § 66 des Zuständigkeitsgesetzes nur die öffentlichrechtliche Verbindlichkeit des Beklagten zur Räumung des Baches, unbeschadet aller privatrechtlichen Verhältnisse, festgestellt ist (vergl. auch § 7 Abs. 1 des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883), so kann dem Beklagten, wie auch das Berufungsgericht anerkennt, der Einwand nicht versagt werden, daß der Kläger ihm gegenüber aus Gründen des Privatrechts, also auf Grund spezieller Rechtstitel (vergl. §§ 1, 7 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 und das Urteil in den Fällen Nr. 2688. Nr. 2674) zur Räumung des Baches verpflichtet sei. Bei dem Bestehen einer solchen privatrechtlichen Verpflichtung des Klägers würde dieser den ihm durch die Nichträumung des Baches entstandenen Schaden lediglich sich selbst zuzuschreiben haben und sogar seinerseits zum Ersatze des Schadens verpflichtet sein, der dem Beklagten aus der Befolgung der nur auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützten Entscheidungen der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte erwachsen wäre. Nicht zu beachten ist hiernach die Ausführung der Revision, daß die angezogenen Vorschriften des Vorflutgesetzes, des Gesetzes vom 28. Februar 1843 und des 8. Titels des I. Teils des A.L.R. in dem Endurteile des Bezirksausschusses unrichtig ausgelegt seien und vielmehr dahin führen müßten, den Kläger zur Räumung für verpflichtet zu erklären. Denn jene Vorschriften beziehen sich lediglich auf die der Nachprüfung des Civilrichters entzogene öffentlichrechtliche Räumungspflicht und sind nicht geeignet, gegenüber den Entscheidungen der Verwaltungsgerichte einen privatrechtlichen Titel für den Beklagten zu begründen. Auch den Einwand der erlöschenden Verjährung aus den §§ 535 ff. I. 9 A.L.R. sowie den Einwand, daß die Mühlenanlage im Jahre 1862 von einem Vorbesitzer des Klägers wesentlich erweitert worden sei, erachtet das Berufungsgericht mit Recht für unerheblich. Einen Einfluß auf die Entscheidung konnten beide Einwendungen nur für den Fall erlangen, daß die Räumungspflicht und damit zugleich die Entschädigungspflicht des Beklagten aus dem vom Kläger für sich in Anspruch genommenen privatrechtlichen Titel, dem Erbpachtvertrage vom 28. Oktober 1782, in Verbindung mit der Bestimmung des § 35, I. 22 A.L.R., hergeleitet wurde. Anders aber gestaltete sich die Sachlage, nachdem die Vorinstanz bei der Anerkennung des Grundes des Klaganspruches das entscheidende Gewicht nicht auf den privatrechtlichen Titel des Klägers, sondern auf die Vernachlässigung der öffentlichrechtlichen Räumungspflicht gelegt hatte. Damit war der Behauptung, daß das besondere Recht der Mühlenbesitzer, die Räumung von den Rittergutsbesitzern zu fordern, durch erlöschende Verjährung untergegangen und ebenso der Angabe, daß die Räumungspflicht durch die in den 1860er Jahren vorgenommene Erweiterung der Mühlenanlage wesentlich erschwert worden sei, jede rechtliche Bedeutung entzogen. Zweifellos würde dagegen dem Beklagten ein den Entschädigungsanspruch des Klägers ausschließender spezieller Rechtstitel zur Seite stehen, wenn die Besitzer des Rittergutes W. durch Verjährung das Recht erworben hätten, von den Besitzern der Mühle die Räumung des Baches zu fordern. Ein Verjährungserwerb könnte indessen auch unter der Voraussetzung der Richtigkeit aller Anführungen des Beklagten für nachgewiesen nicht erachtet werden. Ungerechtfertigt endlich ist die Rüge, daß die Feststellung eines Verschuldens des Beklagten nicht genügend begründet sei. Mußte als feststehend angesehen werden, daß der Beklagte gesetzlich verpflichtet war, den Bach zu räumen, und daß er diese Verpflichtung, obgleich er auf ihre Erfüllung durch den

Beschluß des Amtsvorstehers vom 14. Juni 1888 hingewiesen war, bis zum November 1892 nicht erfüllt hat, so durfte das Berufungsgericht in solcher Vernachlässigung einer gesetzlichen Pflicht ohne weitere Begründung ein Verschulden des Beklagten erblicken. Denn besondere Umstände, welche die Unterlassung der Räumung noch nach dem 14. Juni 1888 entschuldigen konnten, sind vom Beklagten nicht angeführt worden, namentlich daraus nicht zu entnehmen, daß er im Berufungsverfahren angegeben hat, er sei der Überzeugung, daß der Mühle die Räumungspflicht obliege. (Vergl. § 12 Einl. A.L.R.).

Nr. 2132. I. Sen. 11. Juni 1881. I. 526. 81. Bd. 4, Nr. 59, S. 202.

Eichpfahlsetzung; rechtliche Bedeutung, Folgen der Nichtgeltendmachung des Rechts höherer Stauung. (Gem. R.). Der Eichpfahl, auch Merkpfahl oder Mahlpfahl genannt, wird zu dem Zwecke gesetzt, die Höhe zu bezeichnen, bis zu welcher die Inhaber von Wassermühlen oder anderen Wassertriebwerken den natürlichen Stand des fließenden Wassers durch Stauanlagen zur Vermehrung der Triebkraft desselben erhöhen dürfen. Indem er anzeigt, bis zu welcher Höhe die Stauung erlaubt und über welche hinaus sie nicht gestattet ist, hat er die Bedeutung eines Grenzzeichens (vergl. § 274 Nr. 2 St.G.B.), und zwar, wenn er unter Mitwirkung der zuständigen Behörde gesetzt ist, was nicht überall für notwendig angesehen wird (vergl. Seuffert Archiv Bd. 10, Nr. 126) eines mit aller Glaubwürdigkeit und Beweiskraft ausgestatteten öffentlichen Grenzzeichens. Es ist demnach gerade der Zweck der Setzung eines Eichpfahles, die Grenze der Berechtigung zur Benutzung des Wassers zu Triebwerken festzustellen. Die trotz der in der Erklärung des Einverständnisses mit der Setzung des Eichpfahles und der Nichtgeltendmachung einer weitergehenden Berechtigung zur Benutzung liegenden Verzichtleistung seitens des Klägers in Anspruch genommene Berechtigung, durch Aufsetzung eines Balkens auf das steinerne Wehr eine höhere Stauung des Wassers zu bewirken, wird vom Kläger nicht als eine sich von selbst verstehende Befugnis, sondern als ein durch unvordenklichen Besitz erworbenes Recht beansprucht. Dieses Rechtes hat sich nach der richtigen Annahme des Berufungsgerichts der Kläger durch sein Verhalten bei Setzung des Eichpfahles begeben. Nr. 2101.

Nr. 2133. V. Sen. 30. Mai 1888. V. 79. 88. Bd. 21, Nr. 48, S. 262.

Rechtsweg für den Streit zweier Mühlenbesitzer über das Recht zur Wasserbenutzung. (Preuß. R.). Die Parteien streiten darüber, welchen Wasserstand der Beklagte als den niedrigsten zulässigen einzuhalten habe, und der Kläger verlangt eine Beschränkung des Beklagten dahin, daß durch die von ihm zu handhabende Schleuse nicht weniger Wasser aus der Weistritz in den Mühlgraben eingelassen werde, als zur Erreichung des niedrigsten zulässigen Wasserstandes erforderlich sei. Da der Kläger, Besitzer der unterhalb gelegenen Wassermühle, sich für die von ihm beanspruchte Höhe des Wasserstandes weder auf einen speziellen Rechtstitel noch auf das Vorhandensein eines Merkpfahles beruft, vielmehr seinen Anspruch nur auf sein Bedürfnis und auf allgemeine gesetzliche Bestimmungen gründet, so wird mit dem Klagantrage in erster Linie eine gerichtliche Festsetzung der von dem Beklagten (Besitzer der oberhalb gelegenen Wassermühle) einzuhaltende Höhe des Wasserstandes begehrt. Die Vorderrichter haben die Klage abgewiesen, weil sie zu einer solchen Festsetzung ausschließlich die Verwaltungsbehörde, nicht die ordentlichen Gerichte für zuständig erachten. Dem wäre beizustimmen, wenn die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Gesetzes vom 15. November 1811 (bezw. § 67 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883) vorliegen. Das vormalige preußische Obertribunal hat durch Plenarbeschluß vom 8. Januar 1849 den Rechtssatz ausgesprochen. „Der § 5 des Gesetzes wegen des Wasserstauens bei Mühlen und Verschaffung von Vorflut vom 15. November 1811 findet auf Streitigkeiten zwischen Stauungsberechtigten untereinander über das Recht zur Wasserbenutzung nicht Anwendung."

An diesem Rechtssatze ist festzuhalten. Die thatsächlichen Voraussetzungen des Plenarbeschlusses treffen auch in dem vorliegenden Falle zu, in welchem der unterhalb liegende Müller sich darüber beschwert, daß der oberhalb liegende Müller durch die von ihm beliebte Handhabung der von ihm zu regelnden Stauvorrichtungen ihm (den unten liegenden Müller) das zum Betriebe seiner Mühle erforderliche Wasser entziehe. Es folgt daraus die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges. Die Frage, ob das Gesetz vom 15. November 1811 nur die Regelung des Wasserstandes vor dem Stauwerke zum Gegenstande habe, dagegen die Interessen der unterhalb des Stauwerkes angrenzenden Grundbesitzer nicht berücksichtige, bedarf hier der Beantwortung nicht; denn mag man sich für die eine oder andere Alternative entscheiden, das Gesetz vom 15. November 1811 und die dadurch bestimmte Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden ist ausgeschlossen, so oft zwischen zwei Triebwerksbesitzern über die Höhe des Wasserstandes gestritten wird.

Nr. 2134. V. Sen. 20. Mai 1885. V. 403. 84. Bd. 13, Nr. 19, S. 52.

Nachbarrechte. Gewerbeordnung. Verhältnis des Obermüllers zum Untermüller. (Reichs- und preuß. R.). Die Bestimmungen in den §§ 17—19, 26, der R.G.O. vom 21. Juni 1869 hinsichtlich der konzessionspflichtigen Gewerbeanlagen sind dahin zu verstehen: Über Einwendungen des öffentlichen Rechtes entscheiden die Verwaltungsbehörden. Dagegen unterliegen alle auf privatrechtlichen Titeln beruhenden Einreden dem Richterspruche. Die nicht dem öffentlichen Rechte entsprungenen Einreden werden von der Präklusion des § 17 a. a. O. nicht betroffen. Die Entstehungsgeschichte jener Vorschriften ergiebt, daß die Gesetzgebung gewisse Einwendungen gegen das Unternehmen, obwohl sie auf privatrechtlichen Titeln beruhen und nicht der Präklusion unterliegen, in betreff des Konzessionsverfahrens anders behandeln wollte, als die auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhenden. Erstere sollte von den Verwaltungsbehörden, jedoch mit Vorbehalt des Rechtsweges, erörtert, letztere allein der richterlichen Entscheidung zugewiesen worden. Die Privatklage wegen bestimmter Einwendungen ist dahin beschränkt, daß nicht eine Beseitigung der obrigkeitlich genehmigten Anlagen gefordert werden darf. Nachbarrechte gehören nicht zu den auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhenden Rechten, und auf sie finden die beschränkenden Vorschriften des § 26 a. a. O. Anwendung. Um eine dem Nachbarrechte entspringende Befugnis handelt es sich aber nach dem hierfür entscheidenden preußischen Rechte im gegebenen Falle. Der Kläger, Eigentümer einer seit länger als fünfzig Jahren bestehenden Wassermühle, stützt gegenüber der oberhalb an demselben Privatflusse errichteten Mühlenanlage seinen Anspruch sowohl auf den § 246, II. 15 A.L.R. als auf das Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843. Die Vorschrift in § 246 a. a. O. will eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung des oberhalb liegenden Uferbesitzers zum Vorteile des unterhalb liegenden Nachbars statuieren, mag man den Begriff eines „Nachbars“ auf den unmittelbar angrenzenden oder auf einen entfernteren Uferbesitzer beziehen. Auch durch das Gesetz vom 28. Februar 1843 (§§ 1, 13, 16, 17) sollte das Rechtsverhältnis in betreff der Wassernutzung durch benachbarte Grundstücksbesitzer geregelt werden. Daß im vorliegenden Falle dem Kläger weitere z. B. auf Privilegien sich stützende Rechte auf die Wasserkraft zustehen, läßt sich aus seinen Anführungen nicht entnehmen. Es ist deshalb davon auszugehen, daß der Kläger zwar seinen Anspruch im Rechtswege, jedoch nur mit der durch den § 26 R.G.O. gegebenen Beschränkung geltend machen kann. Er darf also nicht auf Einstellung des Gewerbebetriebes des Beklagten, wohl aber auf Herstellung von Einrichtungen klagen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen. Nr. 1853.

Nr. 2135. III. Sen. 19. März 1886. III. 252. 85. Bd. 15, Nr. 38, S. 182.

Anwendbarkeit der in betreff öffentlicher Flüsse gegebenen Interdikte auf den Schutz von Mühlen. (Gem. R.). Die zum Schutze des Gebrauches öffentlicher Sachen dienenden Interdikte werden zwar in den Quellen auf den Schutz der Benutzung einer

Wasserkraft zum Betriebe von Mühlen nicht angewendet; Wassermühlen waren den Römern in der Zeit, aus welcher sich die Ausbildung dieser Rechtsmaterie herschreibt, noch nicht bekannt. Die Interdikte stellen aber den Gebrauch öffentlicher Sachen, insbesondere auch öffentlicher Flüsse (Dig. lib. 43 tit. 12, 13, 14), unter einen für die damaligen Verkehrsbedürfnisse so umfassenden Schutz, daß man als das Prinzip desselben den allgemeinen Schutz des Gebrauches öffentlicher Sachen bezeichnen und sie daher auch zu Gunsten solcher Gebrauchsarten verwenden darf, welche erst in späterer Zeit üblich geworden sind. Nach den Grundsätzen des Wasserrechts ist der Anlieger eines öffentlichen Flusses, welchem die Befugnis zusteht, Wasser aus ihm zu seinem Privatgebrauch abzuleiten, in der Ausübung dieser Befugnis zu Gunsten der unteren Anlieger der Beschränkung unterworfen, daß er das abgeleitete Wasser, soweit er es nicht verbraucht hat, in den Fluß zurückleiten und dadurch den unteren Anliegern wieder zugänglich machen muß. Wenn er dieser Verpflichtung zuwider den unteren Anliegern das Wasser entzieht, so ist gegen ihn das interdictum ne quid in flumine publico fiat begründet. Nr. 2100. Dieser Rechtssatz ist in allen Fällen einer Wasserableitung anwendbar. Nr. 2111. Nr. 2137. Nr. 1736.

Nr. 2136. V. Sen. 19. Oktober 1895. V. 140. 95. Bd. 36, Nr. 58, S. 233.

Klage auf Schutz des Grundeigentums gegen Schädigung durch die Anlagen einer öffentlichen Wassergenossenschaft. Rechtsweg. Gerichtsstand. (Preuß. R.). Der Kläger behauptet Beeinträchtigungen im Betriebe seiner an der L. (einem Privatflusse) gelegenen Mühle durch die Anlagen, die zur Regulierung des oberen Flußlaufes von der Beklagten, einer durch Allerhöchste Verordnung gebildeten öffentlichen Genossenschaft, ausgeführt worden sind. Sein Antrag geht dahin, die Beklagten zu verurteilen, 1. Vorkehrungen zu treffen, daß der Mühle das nötige Wasser durch ihre Veranstaltungen nicht entzogen werde, 2. einen näher bezeichneten Damm zur Verhütung des Rückstaues wiederherzustellen, 3. ihm den entstandenen und zukünftigen, besonders festzustellenden, Schaden zu ersetzen. Die beiden Vorinstanzen haben die von der Beklagten vorweg erhobenen Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges und der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts verworfen. Die Revision ist zurückgewiesen. Die Klage bezweckt den Schutz von Privatrechten des Klägers gegen Eingriffe der Beklagten. Es liegt also ein „bürgerlicher Rechtsstreit" vor, für den die ordentlichen Gerichte dann zuständig sind, wenn nicht reichs- oder landesgesetzlich andere Behörden zur Entscheidung berufen sind. Das ist nicht der Fall Allerdings steht es den Unternehmern von Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen frei, die Mitwirkung der Verwaltungsbehörden anzurufen sowohl zur Ermittelung der gegen die Anlage bestehenden Widerspruchsrechte und Entschädigungsansprüche wie zur Beseitigung gewisser an sich berechtigter Widersprüche gegen Entschädigung. In welchem Umfange dies zulässig ist und wie weit, wenn der Unternehmer diesen Weg einschlägt, die Entscheidung der entstehenden Streitigkeiten den Verwaltungsgerichten anheimfällt, darüber treffen die §§ 11—34 des Vorflutgesetzes vom 15. November 1811, die §§ 19—55 des Gesetzes über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843, das Gesetz vom 23. Januar 1846 und die §§ 68—80 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 Bestimmung. Aber das in diesen Gesetzen geordnete Verfahren kann nur von dem Unternehmer der Anlage beantragt werden und nur die Anhängigkeit eines solchen Verfahrens begründet die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für die in diesem Verfahren hervortretenden Streitigkeiten, während hinsichtlich der Zuständigkeit für die ohne Zusammenhang mit einem solchen Verfahren entstehenden Streitigkeiten eine Bestimmung in jenen Vorschriften nicht enthalten ist. Daß ein Verwaltungsverfahren nach den angezogenen Vorschriften stattgefunden habe oder anhängig sei, ist nicht behauptet worden. Der von der Beklagten angezogene § 15 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 ermächtigt die Regierung, an deren Stelle nach § 73 des Gesetzes vom 1. August 1883 der Bezirksausschuß getreten ist, die Ableitung

des Wassers in geeigneter Weise zu beschränken, wenn bei Ausführung einer Bewässerungsanlage ein öffentliches Interesse gefährdet oder den unterhalb liegenden Einwohnern das Wasser auf eine Weise entzogen wird, daß daraus ein Notstand für die Wirtschaft zu besorgen wäre. Durch diese Befugnis der Verwaltungsbehörden, von der sie nach ihrem Ermessen Gebrauch zu machen haben, werden aber die privatrechtlichen Widerspruchsgründe gegen die Bewässerungsanlage und die zu ihrem Schutze gegebenen Rechtsbehelfe nicht berührt, und es kann daher auf sich beruhen, ob die Beeinträchtigung des Mühlenbetriebes einen Notstand im Sinne des § 15 a. a. O. darstellen könnte, was übrigens in dem Reskripte des Ministers für Landwirtschaft vom 2. Januar 1866 wohl mit Recht verneint wird. Auch die Argumentation der Beklagten, daß sich das Klagbegehren als ein (unzulässiger) „Eingriff in das öffentliche Interesse" darstelle, ist unrichtig. Ein Rechtssatz des Inhalts, daß die Verfolgung privatrechtlicher Ansprüche, sei es überhaupt sei es vor den ordentlichen Gerichten, stets ausgeschlossen sei, wenn ein öffentliches Interesse entgegenstehe, existiert nicht; vielmehr hat das Privatrecht nur dann, und zwar in der Regel nur gegen Entschädigung (§ 75 Einl. A.L.R.), dem öffentlichen Interesse zu weichen, wenn dies in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen durch die zuständigen Organe der Staatsverwaltung angeordnet ist. Solange es an einer solchen Anordnung fehlt, ist die Abwehr eines Eingriffs in das Privatrecht auf dem ordentlichen Rechtswege, und etwas Weiteres wird mit der Klage, deren thatsächliche Grundlagen als richtig unterstellt, nicht verfolgt, durch ein kollidierendes öffentliches Interesse nicht behindert. Die Allerhöchste Bestätigung der beklagten Genossenschaft als einer öffentlichen Genossenschaft nach den Vorschriften des Gesetzes vom 1. April 1879 ist aber keine solche Anordnung, die das Bestehen und Funktionieren der Anlagen der Genossenschaft, auch sofern diese Anlagen in dem bestätigten Statut vorgesehen sind, gegen privatrechtliche Einsprüche sicher stellte. Das auf Grund dieses Gesetzes bestätigte Statut berechtigt und verpflichtet nur die Mitglieder der Genossenschaft untereinander zur Ausführung der im Statute vorgesehenen Anlagen. Über die Rechtsbeziehungen der (freien wie öffentlichen) Genossenschaften zu Dritten aber enthält das Gesetz keine Bestimmungen; die Besitzer der Grundstücke, deren Aufnahme in den Verband nicht in Aussicht genommen ist, werden zu den Verhandlungen über die Bildung der Genossenschaften nicht zugezogen, und diesen Dritten stehen also die Genossenschaften nicht anders gegenüber als jeder andere Unternehmer einer Melioration. Nur auf demselben Wege und in demselben Umfange wie jeder andere Unternehmer können auch sie die Aufhebung oder Einschränkung von Privatrechten Dritter, die der Ausführung und Wirksamkeit ihrer Meliorationsanlage entgegenstehen, gegen Entschädigung herbeiführen; solange dies nicht geschehen oder soweit es nicht zulässig ist, bleibt diesen Privatrechten der gesetzliche Schutz insbesondere auch durch Klage vor den ordentlichen Gerichten, während allerdings auch andererseits durch ein zum Schutze solcher Rechte ergehendes gerichtliches Urteil die Beschreitung des geordneten Verwaltungsweges zum Zwecke der Aufhebung oder Einschränkung der Rechte nicht ausgeschlossen wird. Hiernach kann es unerörtert bleiben, ob die beklagte Genossenschaft im öffentlichen Interesse oder im gemeinwirtschaftlichen Interesse gebildet worden ist und was der § 45 des Gesetzes vom 1. April 1879 unter dem gemeinwirtschaftlichen im Gegensatze zu dem öffentlichen Interesse versteht. Ebenso kann es an dieser Stelle auf sich beruhen, welche Einwirkung es auf die Verurteilung der Beklagten nach dem Klagantrage oder auf die Vollstreckung des Urteils haben kann, daß der Kläger erklärt hat, daß er die Beseitigung der Anlagen der Beklagten nicht verlange. Der Ansicht des Berufungsgerichts, daß über einen Widerspruch gegen die Anlage der L.-Regulierung im Rechtswege nicht zu entscheiden sein würde, kann jedenfalls dann nicht beigetreten werden, wenn damit gesagt sein soll, daß dem Privatrecht des Klägers der Rechtsschutz im ordentlichen Prozesse dann versagt sein würde, wenn das Privatrecht anders als durch Beseitigung der Anlage nicht geschützt werden könnte, ein Fall aber, in dem die Beseitigung oder Einschränkung des Rechts

des Klägers im Verwaltungswege zulässig sei, nicht vorläge oder das Verwaltungsverfahren von der Beklagten nicht beantragt würde. Die Klage ist die auf Abwendung eines dauernden Eingriffes in das Eigentum des Klägers an der Mühle und in das damit verbundene Recht zur Benutzung des vorüberfließenden Wassers gerichtete Eigentumsfreiheitsklage (actio negatoria). Die Zuständigkeit des Gerichtes, unter dem das Grundstück des Klägers liegt, ist daher aus § 25 C.P.O. mit Recht hergeleitet worden, wie das auch schon vom Reichsgericht in dem analogen Falle der Schädigung unterhalb liegender Grundstücke durch unzulässige Zuleitung nachteiliger Stoffe in einen Flußlauf in einem Urteil vom 27. Oktober 1886 angenommen worden ist. Mit dieser Klage kann gleichzeitig Ersatz des dem Eigentümer als solchen zugefügten Schadens gefordert werden und eine Beschädigung des Mühlengrundstückes, nicht bloß des Gewerbebetriebes, ist es insbesondere auch, wenn, wie der Kläger behauptet, wegen Störungen im Wasserzufluß und Wasserabfluß das Grundstück nicht mehr in der bisherigen Weise zum Mühlenbetriebe benutzt werden kann.

Nr. 2137. III. Sen. 8. Juli 1887. III. 81. 87. Bd. 18, Nr. 53, S. 256.

Recht der Benutzung des Wassers eines öffentlichen Flusses. Mühlenanlagen. (Gem. R.). Die Vorinstanzen sprechen in betreff der Benutzung eines öffentlichen Flusses den Mühlen als solchen ein Vorrecht vor dem mit ihnen kollidierenden Verbrauche des Wassers zu anderen Zwecken zu. Diese Bevorrechtigung des Mühlenbetriebes kann für das gemeine Recht nicht anerkannt werden. Die Herleitung dieses Vorrechts aus einem staatlichen Regale ist nicht gerechtfertigt, und für die von der Annahme eines Regales unabhängige Aufstellung eines entsprechenden deutschrechtlichen Rechtssatzes sind in den Quellen des deutschen Rechtes keine ausreichenden Grundlagen vorhanden. Man ist also für das gemeine Recht auf die römischrechtlichen Grundsätze über den Gebrauch der öffentlichen Sachen und insbesondere der öffentlichen Flüsse angewiesen. Nr. 2135. Nr. 2111. Nach römischrechtlicher Grundsätzen ruft das dem Gemeingebrauche zu Grunde liegende Prinzip der Gleichberechtigung aller unter den sämtlichen Gebrauchsberechtigten ein Kommunionsverhältnis hervor, infolgedessen in Kollisionsfällen eine angemessene Regulierung und Verteilung von seiten der zuständigen Verwaltungsbehörden oder des angerufenen Gerichts einzutreten hat. Wenn aber in dem Flusse zum Zwecke einer außerordentlichen Gebrauchsart mit obrigkeitlicher Genehmigung eine besondere Anlage hergestellt ist, so ist diese Anlage gegen eine Beeinträchtigung der Erreichung ihres Zweckes durch Errichtung neuer Anlagen zu schützen (vergl. l. 2 § 2, l. 10, 15, 16 Dig. ne quid in loco publ. 43, 8), und in gleicher Weise wird auch der seit unvordenklicher Zeit vorhandene Bestand einer solchen Anlage geschützt (vergl. l. 3 § 4 Dig. de aqua quot. 43, 20; c. 4 Cod. de aquaeductu 11, 43; c. 7 Cod. de serv. et aqua 3, 34). Man darf aber diesen Anspruch der älteren Anlage auf Rechtsschutz nicht im Sinne eines für sie begründeten privatrechtlichen Titels auf die Benutzung des Flusses auffassen; derselbe beruht auf einem der älteren Anlage bei der Kollision mit einer jüngeren für den Fall, daß und soweit ein Nebeneinanderbestehen der beiderseitigen Gebrauchsausübung sich ohne eine wesentliche Beeinträchtigung des Zweckes der ersteren nicht ermöglichen läßt, zustehenden öffentlichrechtlichen Vorrang in dem Gemeingebrauche, welcher durch die kraft der obrigkeitlichen Genehmigung vorgenommene Prävention erworben ist. Der unvordenkliche Bestand der Anlage liefert den Beweis einer in früherer Zeit von der zuständigen Obrigkeit ausdrücklich oder stillschweigend erteilten Genehmigung. Die Anwendung dieses Rechtsschutzes auf die Kollision zwischen zwei gewerblichen Anlagen ist, mag die Anwendbarkeit sonst in einzelnen Fällen zu Zweifeln Anlaß geben, unbedenklich. Gerade für diese Fälle entspricht die Schutzberechtigung der älteren Anlage auch einem unabweislichen praktischen Bedürfnisse; wer auf die ihm von der zuständigen Obrigkeit erteilte Erlaubnis, das Wasser zu benutzen, ein gewerbliches Unternehmen begründet hat, darf

nicht der steten Gefahr ausgesetzt sein, daß ihm durch die spätere Errichtung einer anderen gewerblichen Anlage, welche ihm das Wasser des Flusses vorwegnimmt, die Grundlage seiner gewerblichen Existenz vernichtet werden könne. Nr. 2110.

---

§ 88.

Gewerbeberechtigungen. Zwangs- und Bannrechte.

E.G. Art. 74.

Stobbe II. § 105 Anhang. III. § 157 Nr. 3 und 4. Dernburg II. § 303.

Nr. 2138. I. Sen. 13. Januar 1883. I. 478. 82. Bd. 12, Nr. 1, S. 1.

Aufgehobene Gewerbeberechtigungen. Entschädigung. Verjährung. § 7 der R.G.O. (Reichs- und gem. R.). Unter den „Landesgesetzen" im Sinne des § 7 R.G.O. ist das ganze geltende Landesrecht, nicht nur erst nach der Gewerbeordnung zu erlassende Landesgesetze zu verstehen. Nach gemeinem Recht findet im Falle der Aufhebung eines wohlerworbenen Rechtes durch die Gesetzgebung ohne Weiteres ein privatrechtlicher Anspruch gegen den Staat auf volle Entschädigung statt, soweit nicht dieser Anspruch durch die Gesetzgebung besonders ausgeschlossen worden ist. Das verpflichtete Subjekt ist, wenn die Aufhebung durch ein Reichsgesetz erfolgt, nicht das Deutsche Reich, sondern der betreffende Einzelstaat. Der Begriff der „Ausschließlichkeit" der Gewerbeberechtigung im Sinne des § 7 Nr. 1 R.G.O. wird durch die bloße Möglichkeit, daß die Zahl der ausschließlich Berechtigten durch obrigkeitliche Konzession vermehrt werden kann, nicht beseitigt; es übt diese Möglichkeit nur vielleicht Einfluß in Ansehung der Herabdrückung des Vermögenswertes der einzelnen bestehenden Berechtigung aus. Der Lauf der Verjährung des Entschädigungsanspruches beginnt nicht schon mit der Publikation, sondern mit dem Zeitpunkte der Wirksamkeit des die Berechtigung aufhebenden Gesetzes. Für die Frage der örtlichen Kollision der verschiedenen Verjährungsgesetze ist entscheidend, daß dasjenige Obligationsverhältnis zwischen dem Staate und einer Privatperson, welches aus der Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechtes entspringen kann, allemal an dem Orte des Staatsgebietes seinen Sitz hat, wo durch die Ausübung des Hoheitsrechtes die fragliche Wirkung hervorgebracht wird.

Nr. 2139. VI. Sen. 26. November 1896. VI. 212. 96. Bd. 38, Nr. 16, S. 47.

Anwendbarkeit der in der Gewerbeordnung verfügten Aufhebung aller gewerblichen Betriebsabgaben und des Rechts, solche aufzulegen, auf das Apothekergewerbe. Eine Klage auf Rückzahlung gewisser vom Kläger entrichteter Abgabenbeträge wurde in allen Instanzen abgewiesen. Die Beträge, deren Rückzahlung der Kläger verlangt, hat er auf Andringen des beklagten lübeckischen Finanzdepartements unter Rechtsverwahrung entrichtet und zwar nach Maßgabe der auf dem Folium seines mit dem Realprivilegium der Apothekergerechtsame ausgestatteten Grundstückes im Hypothekenbuche sich findenden Eintragungen, wonach zu Gunsten des Lübecker Staates an erster Stelle eine jährlich in vierteljährlicher Vorausbezahlung zu entrichtende Rekognition von 1200 Mk., an zweiter eine jährlich in vierteljährlicher Vorausbezahlung zu entrichtende Rente von 4200 Mk. auf diesem Grundstücke lastet. Diese Eintragungen sind erfolgt im Jahre 1892 als Gegenleistung für das damals einem Rechtsvorgänger des Klägers, dem Apotheker S., vom Senate der Freien und Hansestadt Lübeck verliehene erwähnte Realprivilegium und zwar gemäß der Lübeckischen Verordnung vom 11. November 1840, die Erwerbung und Ausübung von Apothekergerechtsamen betreffend,

sowie des Nachtrages dazu vom 13. Juni 1887. Der Kläger behauptet nun, daß die Auferlegung und Einziehung dieser Rekognition und dieser Rente, die zweifellos nur dem Namen nach von einander verschieden sind und zusammen eine für den Betrieb des Apothekergewerbes bezw. für den Genuß der erwähnten Realgerechtsame zu entrichtende Abgabe darstellen, im Widerspruch stehe mit der Bestimmung des § 7 Abs. 1 Nr. 6 G.O., wonach spätestens vom 1. Januar 1883 ab aufgehoben sind, vorbehaltlich der an den Staat oder die Gemeinde zu entrichtenden Gewerbsteuern, alle Abgaben, die für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werden, sowie die Berechtigung, dergleichen Abgaben aufzuerlegen, und daß daher eine Verpflichtung zur Entrichtung der Rekognition und der Rente nicht bestehe. Mit Recht hat aber das Berufungsgericht diese Ansicht des Klägers deswegen für unbegründet erklärt, weil in § 6 R.G.O., wenn auch nicht das Apothekergewerbe überhaupt, doch die Errichtung (und Verlegung) von Apotheken von dem Anwendungsgebiete dieses Gesetzes gänzlich ausgenommen worden ist. Denn hieraus folgt unmittelbar, daß trotz des § 7 Abs. 1 Nr. 6 die Berechtigung, bei der Errichtung einer Apotheke eine Abgabe für den Betrieb des Apothekergewerbes aufzuerlegen, fortbestehen kann. Die Errichtung von Apotheken kann landesgesetzlich in ganz beliebiger Weise geregelt sein, und sowenig die Gewerbeordnung einer Regelung im Wege stände, welche die Erlaubnis zur Errichtung einer neuen Apotheke an die Gegenleistung einer einmaligen Kapitalzahlung knüpfte, ebensowenig hindert sie die Festsetzung einer solchen Gegenleistung in der Form einer periodisch wiederkehrenden Abgabe. Es kommt noch hinzu, daß die hier in Rede stehende Abgabe nicht bloß für den Betrieb des Apothekergewerbes, sondern für den Genuß des Realprivilegiums einer Apothekengerechtsame entrichtet werden soll. Solche Abgaben werden in § 7 Abs. 1 Nr. 6 R.G.O. überhaupt nicht mit erwähnt; im allgemeinen natürlich deshalb nicht, weil insoweit nach Nr. 1 das. und nach § 10 des Gesetzes Realgewerbeberechtigungen und andere ausschließliche Gewerbeberechtigungen gar nicht mehr vorkommen können; aber gerade für das Apothekergewerbe gilt das letztere wegen der erwähnten Ausnahmebestimmung des § 6 zweifellos nicht. Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob nicht, wie das Landgericht gemeint hat, auch die andere Vorschrift des § 6, wonach die Gewerbeordnung auf den Verkauf von Arzneimitteln nur insoweit Anwendung finden soll, als sie ausdrückliche Bestimmungen darüber enthält, hier einschlagen würde. Der Kläger hat sich freilich zur Unterstützung seiner Revisionsangriffe auf ein Urteil des III. Senats des Reichsgerichts vom 29. November 1887 berufen, worin es für nicht rechtsirrtümlich, sondern für zutreffend erklärt ist, daß die Anwendbarkeit der in § 7 Nr. 6 R.G.O. enthaltenen Vorschrift auf das Apothekergewerbe durch die in § 6 des Gesetzes enthaltene Bestimmung, daß dasselbe keine Anwendung finde auf die Errichtung und Verlegung von Apotheken, nicht ausgeschlossen werde. Diesem Satze zunächst stimmt auch der jetzt erkennende Senat durchaus bei, da ja nicht alle auf dem Betriebe eines Apothekergewerbes lastenden Abgaben notwendig als Gegenleistung für die Gestattung der Errichtung oder einer Verlegung der Apotheke aufgelegt zu sein brauchen. Er läßt im übrigen dahingestellt, inwiefern die von ihm seiner jetzigen Entscheidung zu Grunde gelegte rechtliche Auffassung zu einer abweichenden Beurteilung jener Sache geführt haben würde, da jedenfalls einmal nicht vorliegt, daß in jener Sache ebenfalls eine von Anfang an als Gegenleistung für die Erteilung einer ausschließlichen Gewerbeberechtigung auferlegte Abgabe in Frage kam und sodann es sich damals nicht wie jetzt um die in § 7 Abs. 1 Nr. 6 R.G.O. enthaltene Aufhebung der Berechtigung, Abgaben für den Betrieb eines Gewerbes aufzuerlegen, sondern um die dortige Aufhebung „aller Abgaben, die für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werden", handelte. Zu vorgängiger Verweisung einer Rechtsfrage an die vereinigten Civil-Senate nach § 137 Abs. 1. G.V.G. war bei dieser Sachlage kein Anlaß gegeben.

Nr. 2140. III. Sen. 8. März 1887. III. 293. 86. Bd. 17, Nr. 60, S. 263.

Privileg zum ausschließlichen Drucke und Verkaufe. Ausschließliche Gewerbeberechtigung. (Preuß. R.). Durch das Gesetz betreffend die Aufhebung und Ablösung gewerblicher Berechtigungen in den neuen Landesteilen vom 17. März 1868, nach dessen § 1 „die noch bestehenden ausschließlichen Gewerberechtigungen d. h. die mit dem Gewerbebetriebe verbundenen Berechtigungen, „Anderen den Betrieb eines Gewerbes zu untersagen oder sie darin zu beschränken", aufgehoben sind, und nach dessen § 2 die mit den ausschließlichen Gewerbeberechtigungen verbundenen Zwangs- und Bannrechte zugleich mit denselben fortfallen, sind die Autor- und Verlagsrechte, das ausschließliche Recht, ein Schriftwerk auf mechanischem Wege zu vervielfältigen und zu verbreiten, welche später durch das Bundesgesetz vom 11. Juni 1870 gesetzlich geregelt und in dessen § 60 die bereits vor Erlaß des Gesetzes zum Schutze des Urheberrechts erteilten Privilegien aufrecht erhalten sind (indem es den Inhabern eines vor dem Inkrafttreten des Gesetzes von dem Deutschen Bunde oder den Regierungen einzelner jetzt zum Norddeutschen Bunde gehörigen Staaten erteilten Privilegiums zum Schutze des Urheberrechts frei gestellt ist, ob sie von diesem Privileg Gebrauch machen oder den Schutz des gegenwärtigen Gesetzes anrufen wollen) nicht aufgehoben, weil diese Rechte unter das Gesetz vom 17. März 1868 nicht fallen. Die Entscheidung der Sache hängt daher von Beantwortung der Frage ab, ob dem klagenden Waisenhause durch die Privilegien vom Jahre 1747 bezüglich des Druckes und Verkaufes des Kalenberger Kirchengesangbuches und des G.'schen Katechismus eine ausschließliche Gewerbeberechtigung im Sinne des § 1 des Gesetzes vom 17. März 1868 oder ob demselben bezüglich dieser Schriftstücke Verlagsrechte gewährt sind. Beide Vorderrichter nahmen das Letztere an. Ihren Ausführungen ist beizutreten. Die Annahme, daß die in Rede stehenden Privilegien dem Waisenhause Verlagsrechte an den in den Privilegien bezeichneten Werken verliehen seien, entspricht der historischen Entwickelung des Urheberrechts und findet Bestätigung in dem Wortlaute und dem gesamten Inhalte der Urkunden.

Nr. 2141. VI. Sen. 19. November 1891. VI. 238. 91. Bd. 28, Nr. 26, S. 122.

Wirksamkeit eines ablösbaren Zwangs- und Bannrechts (§ 8 Nr. 1 R.G.O.) **gegen die, die vor dem 1. Januar 1873 dem Rechte noch nicht unterworfen waren.** (§ 10 der R.G.O.). Die Stadt Dresden hatte vor Zeiten das Recht erworben, von denen, die in der Stadt das Brauereigewerbe betrieben, zu verlangen, daß sie sich nur der ihnen von der Stadtgemeinde überwiesenen Braupfannen bedienen und für die Benutzung der Pfannen auf jedes Gebräude einen Pfannenzins sowie ein „Zweigroschengeld" zur Stadtkasse entrichten. In zwei Vorprozessen war ausgesprochen worden, daß dies Recht zu den in § 8 Nr. 1 R.G.O. für ablösbar erklärten Zwangs- und Bannrechten gehöre. Näheres über die Ablösung bestimmte das sächsische Gesetz vom 12. Mai 1873. Mit der gegenwärtigen Klage forderte die Stadt Pfannenzinsen und Zweigroschengeld von den Inhabern von Brauereien, die erst in den Jahren 1881 und später errichtet worden sind. In zweiter Instanz wurde nach dem Klagantrage erkannt. Das Reichsgericht hob das Urteil auf. Die vorige Instanz wendet den § 10 der R.G.O. deshalb nicht an, weil das „Bannrecht als solches" als „Gesamtrecht" noch fortbestehe, demnach seine Wirkungen unvermindert äußere, so daß es durch die Eröffnung eines neuen Brauereibetriebes nicht neu erworben werde. Hierbei ist der Rechtsgrund für die Erwerbung eines Zwangs- und Bannrechts irrtümlich dem Zwangs- und Bannrecht selbst gleichgestellt werden. Der Rechtsgrund an sich schafft noch keinen Verpflichteten. Die Verpflichtung kommt vielmehr erst durch die Anlegung eines Brauhauses zur Entstehung. Denn das Zwangs- und Bannrecht ruhte, wie in den Vorprozessen festgestellt ist, auf dem Brauereibetriebe und wurde deshalb nur durch die Errichtung einer Brauerei erlangt. Eine Ablösung des Gesamtrechts wäre nur denkbar, wenn eine bestimmte Person vorhanden wäre, die sich dem Zwangs- und Bannrechte fügen müßte. Die in § 1 R.G.O.

enthaltenen Ausnahmen und Beschränkungen beziehen sich, was die Zwangs- und Bannrechte betrifft, lediglich auf die in §§ 7, 8 erwähnten Rechte, soweit diese bei Erlaß des Gesetzes bestanden. Den in § 8 gedachten Rechten wollte die R.G.O. einen vorübergehenden Schutz gewähren. Gegen Andere aber, die am 1. Januar 1873 dem Bannrechte der Klägerin noch nicht unterlagen, ist der früher durch die Verleihung gegebene Rechtsgrund zur Erwerbung eines Bannrechts nicht weiter zu benutzen. Wäre das Gesetz im Sinne des Berufungsgerichts auszulegen, so würde die Klägerin die Befugnis haben, das Zwangs- und Bannrecht fort und fort gegen jede neu errichtete Brauerei geltend zu machen. Ein solches Ergebnis würde dem Zwecke der R.G.O., wonach die ablösbaren Zwangs- und Bannrechte allmählich aufhören sollen, widersprechen.

---

§ 89.

Deichrecht.

E.G. Art. 66.

Nr. 2142. I. Sen. 20. Dezember 1882. I. 419. 82. Bd. 11, Nr. 47, S. 224.

Deichpflicht in Beziehung auf Stackwerke. Richterliche Nachprüfung der Entscheidungen der Deichbehörde. Kosteneinziehung durch die Deichbehörde. (Gem. R.). Die Deichlast umfaßt Alles, was zur Erhaltung des Deiches aufgewendet werden muß, und unter diese Last fallen auch sogen. Stackwerke, die in den Strom hineingebaut werden, unter der Voraussetzung, daß sie zur Erhaltung des Deiches notwendig sind. Der Ausspruch der Deichbehörde, daß die Anlegung und Erhaltung der fraglichen Stackwerke zum Schutze des Deiches notwendig ist, bindet die Gerichte. Die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden sind im Zweifel endgültig; nicht die wirkliche Sachlage entscheidet, sondern was die Verwaltungsbehörde als derselben entsprechend innerhalb ihrer Zuständigkeit angeordnet hat. Dagegen ist die Frage, ob die Anlegung von Stackwerken in den Strom hinein und die Erhaltung derselben zur außerordentlichen oder zur ordentlichen Deichlast zu rechnen, in welchem letzteren Falle von der Verbindlichkeit des Deichvorstandes keine Rede sein könnte, weil der hier fragliche Deich kein Kommunion-, sondern ein Pfanddeich ist, eine reine Rechtsfrage, und die Entscheidung der Deichbehörde über diese Frage kann vor Gericht angefochten werden. Nach allgemeinen Grundsätzen muß aber die Entscheidung dahin fallen, daß es sich um eine außerordentliche Deichlast handelt, weil die Stackwerke nicht zum Schutze desjenigen einzelnen Deichloses, vor dem sie gerade angebracht sind, sondern des ganzen Deichkörpers dienen. Die Deichbehörde kann nach Befinden dringende Arbeiten, die zur außerordentlichen Deichlast gehören, auch sofort selbst ausführen, und in diesem Falle den Betrag, zwar nicht als negotiorum gestor, wohl aber vermöge seines Hoheitsrechts von dem Verpflichteten einfordern. Nr. 4302.

Nr. 2143. I. Sen. 21. Januar 1885. I. 435. 84. Bd. 13, Nr. 48, S. 204.

Übergang des deichpflichtigen Grundstücks in das Hoheitsrecht eines anderen Staates. (Gem. R.). Der Berufungsrichter sieht die Deichlast, auch wenn sie zu den öffentlichrechtlichen Lasten zu rechnen sei, insoweit sie auf Grundstücken ruht, als eine Reallast an und ist der Ansicht, daß die Deichlast ihrer rechtlichen Natur nach keine verschiedene sei, je nachdem es sich um die ordentliche oder außerordentliche handelt, da es rechtlich keinen Unterschied mache, ob die Deichlast in Natur von dem Besitzer des betreffenden Grundstücks zu leisten ist (beim Pfanddeichsystem) oder in einem Geldbeitrage zu der gemeinschaftlichen Kasse besteht, aus deren Mitteln die Arbeit geleistet

wurde (Kommunionbeichung), oder ob beide Systeme miteinander kombiniert sind. Auch wo die zum gemeinsamen Schutze gegen Wassergefahr gebildeten Vereinigungen den rein privatrechtlichen Charakter freiwillig oder gezwungen abgestreift und sich zu Korporationen (Realgemeinden) ausgebildet hätten, sei eine Änderung nur dahin eingetreten, daß die auf den einzelnen Grundstücken ruhende Verpflichtung nicht mehr den einzelnen Societätsgenossen, sondern der neugebildeten juristischen Person geschuldet werde, unter Beibehaltung des Inhalts dieser Verpflichtung und ohne Substituierung eines anderen Verpflichteten, sodaß der Charakter der Verpflichtung ebenfalls derselbe geblieben sei. Auch der vom Staate zur Bildung der Korporation ausgeübte Zwang und die von ihm aus Rücksichten des öffentlichen Rechts in Anspruch genommenen Oberaufsichts- und Verwaltungsbefugnisse änderten hieran nichts, wie denn auch trotz dieser Umbildung neuere Gesetze die Deichlast nach wie vor als Reallast aufgefaßt hätten, insbesondere auch die hier in Betracht kommende Deich- und Sielordnung für das Fürstentum Lüneburg vom 15. April 1862, welche nicht nur die ordentliche (vergl. § 33), sondern auch die außerordentliche Deichlast, soweit sie auf Grundstücken ruht, als Reallast behandele (vergl. § 41 Abs. 1) und nach § 29 überhaupt die ordentliche und die außerordentliche Deichlast als eine einheitliche auffasse, auch in den bisherigen Verhältnissen nur die Änderung eintreten lasse, daß die Deichverbände zu Korporationen umgebildet sind und daß zur besseren Erreichung des Zweckes der Deichverbände ein verschärftes staatliches Oberaufsichtsrecht sowie die Zulässigkeit administrativer Anordnungen und Entscheidungen festgesetzt ist. Der Übergang der Staatshoheit hinsichtlich der hier fraglichen Grundstücke von Preußen auf Mecklenburg habe hiernach ungeachtet der öffentlichrechtlichen Natur, welche die Deichlast durch neuere Gesetzgebungen, insbesondere auch durch die hier in Frage kommende Deichordnung, erfahren habe, eine Aufhebung der streitigen Verpflichtung bezüglich der außerordentlichen Deichlast nicht bewirkt, da auch öffentlichrechtliche Lasten, soweit sie nicht dem Staate selbst geschuldet werden, durch den Übergang des betreffenden Grundstückes an einen anderen Staat nicht als aufgehoben zu betrachten seien. Denn dieser Übergang sei nur dazu bestimmt, das Verhältnis des Grundstückes zu dem Staate, welchem es bisher unterworfen war, aufzulösen, nicht aber auch seine sonstigen Berechtigungen und Verpflichtungen, namentlich auch nicht sein Verhältnis zu einer Gemeinde des früher herrschenden Staates zu verändern, wie es denn auch mehrfach vorkomme, daß einzelne Teile einer einheitlichen Korporation oder Realgemeinde, sei es nun von Anfang an oder infolge von Veränderungen in der Landeshoheit, verschiedenen Staaten angehören. Daß im letzteren Falle die den Administrativbehörden des früher herrschenden Staates vorbehaltenen Anordnungen und Entscheidungen nicht mehr von diesen, sondern nur von denjenigen des jetzt herrschenden Staates getroffen werden können, ändern hieran nichts, und es sei bei entstehenden Kollisionen Sache der interessierten Staaten, diese sowie andere etwaige Unzuträglichkeiten vertragsweise zu regeln. Diese Ausführungen sind durchaus zutreffend. Der vom Berufungsrichter ausgesprochene Grundsatz, wonach auch alle auf einem Grundstücke ruhenden Lasten öffentlichrechtlicher Natur, soweit sie nicht dem Staate selbst geschuldet worden, trotz der Einverleibung des Grundstückes in einen anderen Staat bei Bestand bleiben, erleidet zwar insofern eine Beschränkung, als solche öffentlichrechtliche Lasten dadurch in Wegfall kommen, welche an Korporationen geschuldet werden, die nach der Intention der bezüglichen Gesetze des früher herrschenden Staates ihre Wirksamkeit nur für das Gebiet dieses Staates äußern sollen und können. Eine solche Intention kann aber nicht schon daraus entnommen werden, daß die betreffenden Gesetze die Mitwirkung einheimischer Behörden vor Augen haben und anordnen, da dies als etwas Selbstverständliches erscheint, wenn ein Staat durch regulierende Gesetzgebung in derartige Verhältnisse eingreift. Es fragt sich vielmehr, ob der Staat als Gesetzgeber hierbei von der Intention ausgegangen ist, daß das betreffende Rechtsverhältnis ohne Weiteres aufhören solle, falls einmal seine Staatshoheit und sein Ge-

setzgebungsrecht wegen des Überganges des betreffenden Territoriums oder eines Teils desselben an einen anderen Staat auf diesen übertragen werde. Der Berufungsrichter nimmt aber mit Recht an, daß für eine solche Intention die Bestimmungen der Lüneburgischen Deichordnung von 1862 über die den Verwaltungsbehörden in derselben vorbehaltenen Anordnungen und Befugnisse keinen Anhalt bieten.

Nr. 2144. IV. Sen. 19. Dezember 1889. IV. 254. 89. Bd. 25, Nr. 57, S. 271.

Verpflichtung des Deichverbandes zum Ersatze der vom Fiskus aufgewendeten Kosten zur Herstellung eines neuen Deichkatasters. (Preuß. R.). Die durch Aufstellung eines neuen Deichkatasters bezweckte Herbeiführung einer gerechteren Verteilung der Deichlasten unter den Deichgenossen ist eine Angelegenheit, die in erster Reihe zum Vorteile derjenigen Deichgenossen gereicht, welche durch die bis dahin in Geltung gewesene Verteilung der Deichlasten in einer, wenn auch gesetzlich nicht anfechtbaren, doch unbilligen Weise belastet sind. Sie ist in zweiter Reihe der Natur der Sache nach vermöge der für jeden genossenschaftlichen Verband, der seinen Mitgliedern Pflichten auferlegt und der in Erfüllung dieser Pflichten seitens der Mitglieder die Gewähr seines Bestandes hat, gegebenen Anforderung gerechter Verteilung der entsprechenden Lasten dazu bestimmt, dem Interesse der Körperschaft selbst zu dienen. Mit Rücksicht auf das Interesse aber, welches der Staat daran nimmt, daß die Körperschaften die ihnen im öffentlichen Interesse gesetzten Zwecke erreichen, und auf Grund des vom Staate kraft dieses Interesses angesprochenen Aufsichtsrechtes über die Gemeinden und die für besondere öffentliche Zwecke bestehenden gemeindeähnlichen Verbände ist die Angelegenheit der Aufstellung eines neuen Deichkatasters für eine auch dem Interesse des Staates dienende Angelegenheit zu erachten. Nach dieser Stufenfolge der Interessen kann jedoch die Frage, von wem die seitens des Staates aufgewendeten Kosten einer neuen Katastrierung der Deichauflagen zu tragen sind, nicht bestimmt werden. Die Beantwortung der Frage ist davon abhängig, wem die Festsetzung der Art der Aufbringung der Deichlasten und demzufolge die Entscheidung über die Notwendigkeit einer Änderung der betreffenden Art ihrer Aufbringung der Deichlasten und darüber, was an Stelle der bisherigen Art der Aufbringung zu treten hat, zusteht. In dieser Hinsicht wird zwar bezeugt, daß die in Deutschland uralten Deichgenossenschaften mehr als vielleicht eine andere Vereinsgattung sich genossenschaftlichen Sinn und damit eine genossenschaftliche Verfassung bewahrt haben und daß diese genossenschaftlichen Elemente den Deichverbänden auch verblieben sind, als besonders im 18. Jahrhundert die obrigkeitliche Regulierung des Deichwesens mehr und mehr durchgedrungen ist. Es wird aber auch weiter bezeugt, daß das eigentliche Wesen der Rechtseinrichtung seitdem durch den Gedanken der Staatsanstalt bestimmt worden ist. Als eine solche Einrichtung erweist sich die des Deichwesens, wie sie durch die Deichschauordnung vom 28. April 1721 im Herzogtum Magdeburg getroffen worden ist. Diese Deichordnung stellt sich nach ihrem Inhalte wie nach ihrem Eingangs- und Schlußworte als eine Zusammenstellung objektiver Rechtsnormen über das Deichwesen im Herzogtum Magdeburg, insbesondere über die Art, in welcher die Elbdeiche im Herzogtum Magdeburg zu unterhalten sind, dar. Die Geltung dieser Rechtsnormen aber beruht auf dem darin ausgesprochenen Gebote des Landesherrn als des Gesetzgebers. Bei dieser Gesetzesnatur der Deichordnung haben die in ihr enthaltenen Festsetzungen über die Art der Unterhaltungspflicht der Deiche innerhalb des Geltungsbereiches der Deichordnung solange Geltung, bis andere Normen des objektiven Rechts an ihre Stelle treten. Die Bestimmungen des Gesetzes über das Deichwesen vom 28. Januar 1848 werden ebenfalls von dem Gedanken beherrscht, daß das Deichwesen eine Staatsanstalt ist (§§ 11, 15). Es ist daher, wenn infolge von Beschwerden von Deichgenossen über die ungerechte Verteilung der Deichlast, die als Anregungen einer wünschenswerten Änderung des bisherigen objektiven Rechts anzusehen sind, ein neues Deichkataster zustande gekommen ist, anzunehmen, daß der Staat mit der Vor-

nahme der fraglichen Geschäfte seine eigenen Geschäfte besorgt hat und daß er daher nicht berechtigt erscheint (aus dem Gesichtspunkte der auftraglosen Geschäftsführung oder nützlichen Verwendung) Erstattung der in Rede stehenden Lasten vom Deichverbande zu fordern.

Nr. 2145. VI. Sen. 23. Juni 1890. VI. 91. 90. Bd. 26, Nr. 56, S. 300.

Genehmigung von Deichanlagen. (Preuß. R.). Die Kläger verlangen von dem beklagten Provinzialverbande Ersatz des Schadens, den ihr am Rußstrome belegenes Grundstück infolge einer im Frühjahr 1886 erfolgten Überschwemmung des Rußstromes erlitten hat, indem sie behaupten, daß dieser Schaden durch eine von dem Beklagten in den Jahren 1879—1882 in dem Überschwemmungsgebiete des Rußstromes gebaute Chaussee verursacht sei und daß der Beklagte diesen Bau ohne genügende Vorsichtsmaßregeln und ohne vorgängige Genehmigung der zuständigen Behörde zur Errichtung des das Abflußprofil des Hochwassers verengenden Chausseedammes ausgeführt habe. Der Schadensanspruch ist den Klägern zuerkannt. Eine Landstraße oder Chaussee hat zwar an und für sich nicht die Eigenschaft eines Deiches im gesetzlichen Sinne. Allein hiervon unabhängig ist die Frage, ob unter der Herrschaft des Zuständigkeitsgesetzes vom 26. Juli 1876 die Regierung in G. durch die Erteilung der Genehmigung zur Herstellung der Chaussee zugleich die neuen Deichanlagen, die für die Herstellung der Chaussee projektiert waren, genehmigt hat und mit rechtlicher Wirksamkeit genehmigen konnte. Diese Frage hat der Berufungsrichter mit Recht verneint. Daß der vom Beklagten im Inundationsgebiete des Rußstromes gebaute Chausseedamm unter den Begriff der in § 1 des Deichgesetzes vom 28. Januar 1848 bezeichneten deichähnlichen Erhöhungen der Erdoberfläche fällt, erscheint auf Grund der vorliegenden Feststellungen unbedenklich, da es hierbei nur darauf ankommt, daß die vorgenommene deichähnliche Erhöhung (Verwallung, Damm) eine Beschränkung der Ausbreitung der Gewässer zur Folge hatte, ohne Rücksicht darauf, ob diese Folge beabsichtigt war oder nicht. Durch § 121 des Zuständigkeitsgesetzes vom 26. Juli 1876 ist die Beschlußfassung über die Genehmigung für neue Deichanlagen den Regierungen entzogen und dem nach Maßgabe des § 67 der Provinzialordnung vom 29. Januar 1875 aus Berufs- und Ehrenbeamten zusammengesetzten Bezirksrate zugewiesen. Die Anlegung des Chausseedammes bedurfte also, sofern dieser sich als Deichanlage im Sinne der §§ 1—3 des Deichgesetzes und des § 121 des Zuständigkeitsgesetzes vom 26. Juli 1876 darstellte, neben der Genehmigung des Chausseebauprojektes durch die Landespolizeibehörde einer besonderen und ausdrücklichen Genehmigung von seiten des Bezirksrates. Nur der Bezirksrat war, solange das gedachte Zuständigkeitsgesetz Geltung hatte (vergl. jetzt § 96 des neueren Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883) gesetzlich berufen, gemäß § 2 des Deichgesetzes in erheblicheren Fällen die Beteiligten zu hören und zur Anbringung ihrer Einwendungen aufzufordern, und nur er hatte nach § 3 das. ein maßgebendes Urteil darüber zu fällen, ob durch die Deichanlage das notwendige Abflußprofil des Hochwassers beschränkt werden würde. Hat also der beklagte Provinzialverband im Inundationsgebiete des Rußstromes in den Jahren 1879—1882 einen Deich oder eine deichähnliche Erhöhung der Erdoberfläche der in § 1 des Deichgesetzes bezeichneten Art ohne ausdrückliche Genehmigung des zuständigen Bezirksrates neu angelegt, wie dies festgestellt ist, so hat er damit die Vorschrift des § 1 a. a. O. vernachlässigt. Die Annahme, daß dieser Paragraph als ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz im Sinne des § 26, I. 6 A.L.R. anzusehen sei, läßt sich nicht beanstanden. Dem steht die Entscheidung im Falle Nr. 1385 nicht entgegen. Der § 1 des Deichgesetzes enthält eine ganz spezielle Anordnung, welche deutlich erkennen läßt, was der Unternehmer der Anlage zu thun und zu unterlassen hat.

§ 90.

Bergrecht.

E.G. Art. 67.

Stobbe I. § 59. II. §§ 141—143. Dernburg I. §§ 258—273.

Nr. 2146. II. Sen. 8. Januar 1897. II. 253. 96. Bd. 38, Nr. 88, S. 329.

Anwendung des Berggesetzes vom 24. Juni 1865 auf Rechtsverhältnisse aus früher verliehenen Bergwerksberechtigungen. Verhältnis zwischen Bergwerkseigentum und Grundeigentum. (Preuß. R.). Das Urteil des Oberlandesgerichts ist auf die Revision der Beklagten aufgehoben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen. Zunächst ist mit dem Oberlandesgericht anzunehmen, daß, wenngleich die Verleihung der Bergwerkskonzession, auf die der Kläger den zur Zeit noch in Frage stehenden Schadensersatzanspruch gründet, vor Einführung des preußischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 auf Grund des französischen Gesetzes vom 21. April 1810 erfolgt ist, doch auf das streitige Rechtsverhältnis nicht das letztere Gesetz, sondern das angezogene preußische Berggesetz Anwendung findet. Dies Gesetz regelt eingehend insbesondere auch das Verhältnis zwischen dem Grundeigentümer und dem Bergwerkseigentümer, und es muß als mit dessen Zweck unvereinbar und daher als ausgeschlossen erachtet werden, daß diese Regelung sich nur auf die nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes erteilten Bergwerkskonzessionen und nicht auch auf die bereits vorher nach den früheren Berggesetzen der einzelnen Landesteile erfolgten Verleihungen beziehen sollte. Diese Anwendbarkeit des neuen Gesetzes ist auch insoweit anzunehmen, als daraus, insbesondere aus der verschiedenen Auffassung der rechtlichen Natur des Bergwerkseigentums, sich im Einzelnen Änderungen bestehender Rechtsverhältnisse ergeben sollten. Nr. 1896. Die Begründung des Klaganspruches auf die Bestimmungen des französischen Berggesetzes, insbesondere dessen Auffassung des Bergwerkseigentums als eines Sacheigentums an dem verliehenen Minerale schon vor der Gewinnung, auf die der Revisionsbeklagte in Anschluß an die überwiegende französische Rechtsprechung und Doktrin zurückgekommen ist, erscheint hiernach hinfällig, ohne daß es einer materiellen Prüfung des französischen Rechts in dieser Hinsicht bedürfte. Anlangend die Sache selbst, so sind die in Frage stehenden zum Zwecke der Thongewinnung vorgenommenen Arbeiten, wegen deren schädlicher Einwirkung auf das Braunkohlenflötz des Klägers die Beklagte vom Oberlandesgericht dem Grunde nach zum Schadensersatz verurteilt worden ist, unbestritten von der Letzteren in den Rechten des *Eigentümers des Grundstückes*, in welchem sich sowohl die Braunkohle als (unter dieser) die Thonschicht befand, vorgenommen worden. Das Oberlandesgericht hat ausdrücklich festgestellt, daß eine *absichtliche* (mutwillige) Schädigung des Klägers durch die Beklagte ausgeschlossen sei auch vom Kläger nicht behauptet werde. Da nun dem Eigentümer das unbestreitbare Recht auf die Gewinnung des nicht zu den nach § 1 des Berggesetzes seiner Verfügung entzogenen Mineralien gehörigen Thones zusteht, eine objektive Widerrechtlichkeit der schädigenden Handlung aber die erste Voraussetzung der Begründetheit des geltend gemachten Schadensersatzanspruches bildet, so ist zunächst, wie auch der Berufungsrichter annimmt, entscheidend, ob der Grundeigentümer zu einer an sich ordnungsmäßigen Ausnutzung seines Eigentumes dann *nicht* berechtigt ist, wenn durch sie das Bergwerkseigentum und dessen Ausbentung beeinträchtigt wird. Das Oberlandesgericht hat diese allerdings bestrittene Frage entgegen der überwiegenden Doktrin und Rechtsprechung, insbesondere auch des vormaligen preußischen Obertribunals, zu Gunsten des Bergwerkseigentümers gegen den Grundeigentümer entschieden. Dem kann nicht beigetreten werden. Das preußische Berggesetz von 1865 hat Bestimmungen über diese Frage nicht getroffen; vielmehr ist in den Motiven bemerkt, dieselbe eigene sich in

dieser Allgemeinheit nicht zur Entscheidung durch das Berggesetz, müsse vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen beantwortet werden. In dieser Hinsicht kommt folgendes in Betracht. Nach der Auffassung des bezogenen Gesetzes ebenso wie der des gemeinen Rechts verschafft die bergrechtliche Verleihung dem Konzessionar noch kein Eigentum an dem, dem Grundeigentümer schon durch die allgemeine Bestimmung des § 1 entzogenen, Minerale, auf das sich die Verleihung bezieht; sie gewährt ihm vielmehr nur die ausschließliche Befugnis, das Mineral innerhalb seines Feldes aufzusuchen und zu gewinnen, so zwar, daß das Eigentum an dem einzelnen Minerale erst mit der Okkupation erworben wird. Nr. 2152. Gegenüber dem Grundeigentümer ist dies durch die Verleihung begründete Bergbaurecht ferner mit denjenigen Befugnissen ausgestattet, die zur Gewinnung des Minerales erforderlich erscheinen, insbesondere einem beschränkten Enteignungsrechte (§§ 135 ff.) und dem Rechte auf Herstellung der zum Bergbau unter und über Tage erforderlichen Vorrichtungen (§ 54), Alles indessen gegen die Verpflichtung, dem Grundeigentümer nach Maßgabe der Bestimmungen des Gesetzes entsprechende Entschädigung zu leisten. Hiermit findet aber das Recht des Bergwerkseigentümers gegenüber dem Grundeigentümer seine Grenzen. Eine dingliche Belastung des Grundeigentums mit der Folge, daß der Eigentümer behindert wäre, sich einer jeden dem Bergbau nachteiligen Handlung zu enthalten, wird durch die bergrechtliche Verleihung nicht herbeigeführt. Vielmehr bewendet es auch bezüglich dieses Verhältnisses bei dem allgemeinen Grundsatze, daß der Eigentümer in dem Rechte der freien Benutzung seines Grund und Bodens an sich unbeschränkt ist und durch die Ausübung dieses Rechts, sofern nicht offenbarer Dolus vorliegt, Niemandem verantwortlich wird. Eine Übertragung der Grundsätze der privatrechtlichen Servituten auf das vorliegende Verhältnis erscheint ausgeschlossen. Was insbesondere das französische Recht anlangt, so ist maßgebend hierfür die spezielle Bestimmung des Art. 552 code civil, wonach der Eigentümer zu allen Arten von Anlagen und Gruben auch unter der Erde befugt ist „vorbehaltlich der sich aus den die Bergwerke betreffenden Gesetzen und Verordnungen ergebenden (einzelnen) Beschränkungen", und nicht etwa Art. 701 a. a. O., aus dem eine Verpflichtung des Eigentümers, sich jeder den Bergbau des Berechtigten schädigenden Handlung zu enthalten, herzuleiten versucht werden könnte. Dafür, daß die hiernach anzunehmende Auffassung des Verhältnisses zwischen Grundeigentum und Bergwerkseigentum dem grundsätzlichen Standpunkte des Berggesetzes von 1865 entspricht, kann endlich auch noch angeführt werden, daß dasselbe eine Entschädigung für eine solche Beschränkung, wie sie das Oberlandesgericht zu Ungunsten der Beklagten angenommen hat, und durch die die Ausnutzung des in Frage stehenden Grundstücks in einem augenscheinlich besonders wertvollen Teile unmöglich gemacht werden würde, zweifellos nicht gewährt. Gegen die hier vertretene Annahme kann auch daraus ein entscheidendes Moment nicht hergeleitet werden, daß das Gesetz in den §§ 153, 154 die Fälle der Schädigung des Ausbeutungsrechts des Bergwerkseigentümers durch die Ausführung von Arbeiten zur Anlage öffentlicher Verkehrsanstalten dahin ausdrücklich regelt, daß dem Letzteren einerseits ein Widerspruchsrecht nicht zusteht, ihm aber andererseits unter Umständen deshalb ein Schadensersatzanspruch zuerkannt wird. Wie aus den Motiven hervorgeht, ist diese positive Regelung wegen der großen praktischen Bedeutung der Frage für nötig erachtet worden, ohne daß dadurch dem hier zur Entscheidung stehenden Verhältnisse irgend präjudiziert werden sollte. Sonach ist die Annahme des Oberlandesgerichts, daß die Ausgrabung der Thonschicht unter dem dem Kläger verliehenen Braunkohlenflötze eine objektiv rechtswidrige Handlung sei, rechtlich nicht zutreffend. Der hierauf gegründete im Prinzipe zugesprochene Schadensersatzanspruch ist daher unbegründet, und es ist daher nicht erforderlich, die weiter von der Revision insbesondere hinsichtlich des subjektiven Verschuldens und der Ablehnung von Beweisen geltend gemachten Momente zu erörtern. Indessen kann nach Lage der Sache zur Zeit nicht durcherkannt werden. Nach der Feststellung der Vorderrichter ist die

Ausbeutung der unter der Braunkohle lagernden Thonschicht dadurch ermöglicht worden, daß die Beklagte die beiden Schächte durch das Braunkohlenflöz hindurch abgeteuft hat. Soweit diese Arbeiten in der Durchstechung des Braunkohlenflötzes und der Entfernung der in der Schachtöffnung vorfindlichen Braunkohle bestanden, enthielten sie einen Eingriff in das durch § 1 des Berggesetzes der Verfügung des Eigentümers entzogene Mineral und eine Verletzung der Rechte des Klägers, dem infolge der Verleihung gemäß § 54 a. a. O. die ausschließliche Befugnis zu dessen Gewinnung zusteht. Das Oberlandesgericht hat nun zwar die Beklagte im allgemeinen auch zum Ersatze des dem Kläger durch die Anlegung jener Schächte entstandenen Schadens verurteilt, jedoch lediglich mit der auch bezüglich der übrigen Arbeiten gegebenen nach dem obigen rechtlich nicht zutreffenden Begründung. Zur Entscheidung der Frage, ob ein Schadensersatzanspruch in diesem beschränkten Umfange und aus dem zuletzt hervorgehobenen Gesichtspunkte des direkten Eingriffes in das Bergbaurecht des Klägers durch die Anlegung der Schächte begründet ist, bedarf es noch weiterer Erörterungen auch der Parteien in der Berufungsinstanz.

Nr. 2147. II. Sen. 23. Mai 1882. II. 165. 81. Bd. 8, Nr. 50, S. 195.

Streit zwischen zwei Mutern. Entdeckung des Minerals auf seiner natürlichen Ablagerung. Richterliche Prüfung. (Preuß. R.). Der Anspruch des Muters auf Verleihung des Bergwerkeigentumes kann nach § 23 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 gegen denjenigen, der ein besseres Recht behauptet, im Prozeßwege verfolgt werden und es unterliegen dabei alle Voraussetzungen, die die Existenz jenes Anspruches bedingen, der richterlichen Kognition. Auch die Prüfung der Fündigkeit (§ 15 a. a. O.) durch die Gerichte in dem Rechtsstreite ist nicht ausgeschlossen, und bei Beurteilung der Fündigkeitsfrage dürfen auch Momente herangezogen werden, die späteren Datums als die Mutung sind und den Bergbehörden nicht vorgelegen haben. Der § 15 a. a. O. erfordert nicht die Auffindung einer bestimmten Lagerstätte, eines Ganges oder Flötzes. Von dem Nachweise der sogen. relativen oder ökonomischen Bauwürdigkeit ist abzusehen, wenn auch die sogen. absolute Bauwürdigkeit d. h. eine solche Beschaffenheit des Fundes vorhanden sein muß, daß sich die Möglichkeit einer bergmännischen Gewinnung, die die Voraussetzung der Verleihung bildet, annehmen läßt.

Nr. 2148. V. Sen. 14. April 1888. V. 8. 88. Bd. 21, Nr. 43, S. 225.

Mutung. Gerichtsstand. (Reichs- und preuß. R.). Das mit der Klage geltend gemachte Recht ist das Recht aus der Mutung. Hat nun auch die aus diesem Rechte gegen denjenigen, welcher dem Muter die Behauptung eines besseren Rechts entgegensetzt, gemäß § 23 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 erhobene Klage wesentlich einen negatorischen Charakter, da sie auf Beseitigung des dem Rechtsanspruche des Muters hinderlichen Rechts gerichtet ist, so ist doch Gegenstand und Grundlage der Klage im Sinne des § 25 C.P.O. nur der Anspruch aus der Mutung, und es ist für den Charakter dieser Klage gleichgültig, ob sie gegen eine konkurrierende Mutung oder gegen bereits verliehenes Bergwerkseigentum sich richtet. Die Frage, ob die Klage des Muters im persönlichen oder im dinglichen Gerichtsstande zu erheben ist, hängt von der rechtlichen Natur des durch die Mutung begründeten Rechts ab. Die von dem Gesetze dem Rechte aus der Mutung beigelegte Wirkung (§§ 22—25, 35 des Allgemeinen Berggesetzes) spricht für den dinglichen Charakter dieses Rechts. Einer Entscheidung darüber, welcher der verschiedenen Theorien und welcher Konstruktion des Rechts aus der Mutung der Vorzug zu geben ist, bedarf es nicht, weil, gleichviel, ob dasselbe als ein Recht am Grundeigentume oder als ein Recht an den zur Verleihung begehrten von dem Grund und Boden thatsächlich noch ungetrennten Mineralien angesehen wird, in jedem Falle das Recht ein dingliches und sein Gegenstand eine unbewegliche Sache

ist. Jedes dingliche Recht an einer fremden Sache (jus in re) stellt aber im Sinne des § 25 C.P.O. eine dingliche Belastung dar, es greift also für die vorliegende Klage der ausschließliche Gerichtsstand der belegenen Sache Platz.

Nr. 2149. V. Sen. 19. Juni 1895. V. 420. 94. Bd. 35, Nr. 72, S. 277.

Rechte aus einer Mutung, wodurch unter Verzicht auf eine frühere Mutung bei veränderter Feldesstreckung die im Feldesfreien niedergetriebenen Bohrlöcher eines Schürfers überdeckt werden. (Preuß. R.). Die Kläger haben beantragt, zu erkennen, daß die vom Beklagten eingelegte Mutung Salz-Dingelstedt I ihr gegenüber ungültig und deshalb nicht als besseres Recht ihren am 16. nnd 19. Mai 1892 eingelegten Mutungen H. I und H. II entgegenstehe. Beide Vorinstanzen haben die Klage zurückgewiesen. Die Revision ist erfolglos geblieben. Der Beklagte hatte im Jahre 1887 auf Salz und beibrechende Salze die Mutung Salz-Dingelstedt eingelegt. Deren Feldesgrenzen wurden auf die Mutungsübersichtskarte vorschriftsmäßig eingetragen. Im Jahre 1892 begannen die Kläger die Schürfarbeiten und setzten die beiden Bohrlöcher (H. I und H. II) an, beide außerhalb des Feldes der Mutung Salz-Dingelstedt gelegen. Ehe sie fündig wurden, verzichtete der Beklagte laut Erklärung vom 7. März 1892 auf die Mutung Salz-Dingelstedt und legte gleichzeitig auf den Fundpunkt der bisherigen Mutung unter dem Namen Salz-Dingelstedt I eine neue Mutung ein, deren Feldesgrenzen er so streckte, daß sie die von den Klägern niedergetriebenen Bohrlöcher überdeckten. Die Kläger sind der Ansicht, daß sich der Beklagte auf diese Mutung ihnen gegenüber nicht berufen könne. Sie meinen, es sei gesetzlich unzulässig, daß der Muter, nachdem er auf seine Mutung verzichtet habe, auf Grund desselben Fundes eine neue Mutung mit veränderter Feldesstreckung einlege; ein solches Verfahren laufe auf eine Umgehung des § 19 des Allgemeinen Berggesetzes hinaus, der die Feldesstreckung außerhalb der einmal angegebenen Grenzen, das Forttragen des Feldes, für unstatthaft erkläre. Mit Recht ist der Berufungsrichter dieser Ansicht entgegengetreten. Im Wesen der Mutung liegt nichts, was eine Zurücknahme des Antrages und eine sich daran unmittelbar anschließende Erneuerung des Gesuches als unstatthaft erscheinen ließe. (§§ 12, 14, 15 des Allgemeinen Berggesetzes). Die Mutung ist das formale Mittel, wodurch der Finder eines Minerals seine materiellen Rechte aus dem Funde vor der zuständigen Bergbehörde geltend macht. Aus dieser rechtlichen Natur der Mutung ergiebt sich, daß sie vor ihrer Erledigung jederzeit zurückgenommen werden kann, daß aber in der Zurücknahme nur ein Verzicht auf das formale durch den Antrag in Gang gebrachte Verfahren zu finden ist. Die Erklärung, aus dem Funde niemals wieder Rechte herleiten zu wollen, ist darin an sich noch nicht enthalten. Das ursprünglich begehrte Feld fällt freilich mit der Zurücknahme der Mutung samt dem Fundpunkte ins Bergfreie; auch mag es richtig sein, daß der Finder durch den Verzicht der ihm nach § 24 des Allgemeinen Berggesetzes zustehenden Rechte verlustig geht, so daß nunmehr auf Grund des Fundes jeder Dritte Mutung einzulegen befugt ist; aber was jedem Dritten zusteht, kann folgerichtig auch dem nicht verwehrt werden, der das Mineral durch seine Schürfarbeiten entdeckt hat. In der Theorie und Praxis besteht auch kein Streit darüber, daß der Muter auf das begehrte Feld lediglich zu dem Zwecke verzichten kann, um auf Grund des alten Fundes durch eine neue Mutung andere Feldesteile außerhalb des zuerst begehrten Feldes in Anspruch zu nehmen. Liegt aber in der Zurücknahme der Mutung kein Verzicht auf das Recht, den Fund zu einer anderen Mutung zu verwenden, so steht auch nichts entgegen, daß der Muter in demselben Schriftstück, worin er seine Mutung zurückzieht, auf Grund seines alten Fundes von neuem die Beleihung mit einem anders gestreckten Felde nachsuche. Der § 19 Abs. 1 des Allgemeinen Berggesetzes, auf den sich die Kläger berufen, steht nicht entgegen. Er legt dem Muter bei der Feldesstreckung gewisse Beschränkungen auf, diese finden aber durch die Zurücknahme der Mutung ihre Erledigung und kommen für eine

neue Mutung nicht weiter in Betracht. Die Revision irrt, wenn sie ausführt, daß in § 18 des Allgemeinen Berggesetzes dem Muter zur Verfolgung seines Fundes eine sechswöchige Frist gesteckt sei, nach deren Ablauf der Fund vom Finder nicht mehr verwertet werden könne. Sie übersieht, daß im § 18 nicht eine Präklusivfrist zur Geltendmachung des Fundes, die vom Tage der Fündigkeit liefe, bestimmt ist, sondern dem Muter nur nachgelassen wird, die Feldesstreckung, die ein wesentliches Erfordernis der Mutung ist, binnen sechs Wochen vom Tage des Einganges der Mutung ab nachträglich zu bewirken. Nr. 2150. Auch die gesetzgeberischen Vorarbeiten enthalten nichts, was für die Ansicht der Revision spräche. Wie die Regierungsmotive ergeben, ist die Vorschrift des § 19 a. a. O. nur dazu bestimmt, Kollisionsfälle auszugleichen, die zwischen verschiedenen Mutungen bestehen. Bei dem Schürfer liegt die Sache anders, er ist noch nicht im Besitze des Fundes, der ihm ein Recht auf Verleihung geben und der durch eine veränderte Feldesstreckung überdeckt werden könnte. Da seine Arbeiten nur vorbereitend sind, so gehört er noch nicht zu den Mutungsinteressenten, deren Rechte das Gesetz zu schützen beabsichtigt. Schürfarbeiten sind nach dem Allgemeinen Berggesetze als Ausfluß der Bergbaufreiheit einem Jeden gestattet, der die gesetzlich vorgeschriebenen Formen beobachtet. Dieser muß dabei auf die Konkurrenz anderer Schürfer rechnen und erwarten, daß die ihnen aus der Bergbaufreiheit zustehenden Rechte ohne Rücksicht auf ihn ausüben werden. Er kann sich daher nicht beschweren, wenn Andere ihm durch Überbohrung zuvorkommen oder wenn sie, unter Aufgebung einer vorhandenen Mutung, den früheren Fund dazu verwerten, ihn aus dem Felde zu schlagen. Eine Verletzung des § 19 des Allgemeinen Berggesetzes fällt nach alledem dem Berufungsrichter nicht zur Last. Fehl gehen ferner die Kläger, wenn sie sich auf den Rekursbescheid des Handelsministers vom 22. Juli 1875 und den Erlaß dieses Ministers vom 5. Januar 1875 berufen. Diese betreffen die Aufhebung des Bergwerkseigentums, wobei öffentliche Interessen in Frage stehen und die Mitwirkung der Bergbehörde erforderlich ist, während es sich hier nur um den Verzicht auf ein begehrtes Mutungsfeld handelt, der eintritt, ohne daß die Mitwirkung der Bergbehörde erforderlich wäre. Bis zum Beweise des Gegenteils ist anzunehmen, daß es dem Muter mit der neuen Mutung ernst gewesen sei (§§ 52 ff. I. 4 A.L.R.). Die Ernstlichkeit der Mutung würde zwar ausgeschlossen sein, wenn die Behauptung der Kläger wahr wäre, der Vertreter des beklagten Fiskus habe bei Einlegung der Mutung oder gleich hinterher gegenüber der Bergbehörde erklärt, daß er die Verleihung des Bergwerkseigentums nicht verlange; aber der Berufungsrichter hat ohne Rechtsirrtum festgestellt, daß diese Behauptung nicht auf Wahrheit beruhe. — Die Kläger werfen dem Beklagten ferner Arglist vor. Mit Recht hat aber der Berufungsrichter die hierauf bezüglichen Ausführungen für unerheblich erklärt. Freilich hat das Allgemeine Berggesetz das Recht des Staates, sich Bergwerksfelder vorzubehalten, wie es früher bestand, gänzlich beseitigt und den Erwerb und Betrieb von Bergwerken für Rechnung des Staats den Bestimmungen des Gesetzes unterworfen (§ 2). Aber weitere Beschränkungen sind dem Staate nicht auferlegt, und es folgt daraus, daß ihm hinsichtlich des Bergbaues dieselben Rechte zustehen wie jedem Privatmanne. In welchem Umfange er von diesem Rechte Gebrauch machen will, ist lediglich in sein Ermessen gestellt. Es steht gesetzlich darum auch nichts entgegen, daß er, um sich gegen eine drohende Konkurrenz zu schützen, alle Mittel anwende, die das Gesetz ihm gestattet; namentlich ist ihm nicht verschränkt, in Aussicht stehende Mutungen durch Überbohrung aus dem Felde zu schlagen, auch eine Mutung aufzugeben und auf Grund des alten Fundes eine neue Mutung einzulegen, deren Feld die Schürfungsarbeiten des Konkurrenten überdeckt. Allerdings stehen diese Rechte unter der allgemeinen Rechtsregel, daß Niemand sein Recht zur Kränkung und Beschränkung Anderer mißbrauchen darf; ein solcher Mißbrauch liegt aber nur dann vor, wenn Jemand, ohne sonst dazu Anlaß zu haben, lediglich in der Absicht, den Anderen zu beschädigen, unter mehreren möglichen Arten der Ausübung gerade die

wählt, die dem Anderen nachteilig wird (§§ 36, 37, I. 6; § 27, I. 8 A.L.R.). Zur Begründung der Chikane haben die Kläger daher zu beweisen, daß der beklagte Fiskus mit Einlegung der Mutung Salz-Dingelstedt I nicht eigene berechtigte Interessen verfolgt habe, sondern dabei allein von der Absicht geleitet gewesen sei, den Klägern den Erfolg ihrer Schürfarbeiten zu vereiteln und ihnen eine darauf gestützte Mutung unmöglich zu machen. Diese Absicht kann aber, wie der Berufungsrichter zutreffend annimmt, aus den von den Klägern behaupteten Thatsachen nicht gefolgert werden. Unerheblich ist endlich die Behauptung, daß der Beklagte die von ihm eingelegten Mutungen jahrelang in der Schwebe zu halten pflege. Sein Verfahren erklärt sich daraus, daß der auf Kalisalze gerichtete Bergbaubetrieb, wenn er von Erfolg sein soll, sehr große Felder erfordert und zu diesem Behufe kostspielige Aufschlußarbeiten notwendig werden, die sich oft jahrelang hinziehen. Es kann deshalb daraus allein, daß der Beklagte bei seinen Mutungen auf Salz in der Regel eine Aussetzung des Verfahrens beantragt, noch nicht gefolgert werden, daß er nicht die ernste Absicht gehabt habe, durch seine Mutungen Bergwerkseigentum zu erwerben. Dies gilt auch von der Mutung Salz-Dingelstedt vom Jahre 1887. Ist aber auch hier die Ernstlichkeit der Mutung anzunehmen, so rechtfertigt nichts den Schluß, daß der Beklagte allein von der Absicht geleitet, unbequeme Konkurrenten durch Überdeckung von deren Bohrlöchern aus dem Felde zu schlagen, die eingelegte Mutung in der Schwebe gehalten habe.

Nr. 2150. V. Sen. 27. November 1895. V. 136. 95. Bd. 36, Nr. 65, S. 255.

Wirkung einer Mutung, die gleichzeitig mit der Erklärung des Verzichts auf eine ältere Mutung auf den Fundpunkt dieser älteren Mutung eingelegt ist. (Preuß. R.). Am 26. April 1889 legte der Beklagte S. beim zuständigen Revierbeamten auf einen im Jahre 1876 gemachten im Beschlusse des Oberbergamts vom 22. April 1892 näher beschriebenen Fund unter dem Namen Ostergrube Mutung auf Steinkohle ein. Vor Ablauf der sechswöchigen Frist zur Feldesstrecke (am 23. Mai) verzichtete S. auf die Mutung und legte gleichzeitig auf den erwähnten Fundpunkt unter demselben Namen von neuem Mutung ein. Ebenso verfuhr er am 1. Juli und 12. August 1889. Die letzte Mutung, die er irrigerweise mit Ostern bezeichnete, zog er am 23. September 1889 zurück und legte gleichzeitig nunmehr unter dem Namen Ostern eine neue Mutung ein. Das Gesuch wurde am gedachten Tage nachmittags um 2 Uhr 35 Minuten dem zuständigen Revierbeamten vorgelegt. Am Vormittage desselben Tages um 9 Uhr 1 Minute hatte der Kläger auf denselben Fund unter dem Namen Athlet Mutung eingelegt, für die er jetzt das Vorrecht vor der Mutung Ostern in Anspruch nimmt. Das Oberbergamt in Breslau erklärte die Mutung Ostern für rechtsgültig und sprach den Beklagten das von ihnen begehrte Feld zu, wies aber die Mutung Athlet, weil der Fundpunkt zur Zeit der Vorlegung des Gesuches noch von der Mutung Ostergrube bestrickt gewesen sei, als ungültig zurück. Diese Entscheidung fand die Billigung des Ministers für Handel und Gewerbe. Beide Vorderrichter sind dieser Auffassung entgegengetreten. Der Berufungsrichter erachtet das Verfahren der Beklagten für eine rechtsunwirksame Umgehung des Gesetzes und führt aus, der Verzicht der Beklagten sei inhaltsleer, denn der Muter, der dem § 18 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 nicht genüge, habe gar kein Recht; es bleibe von Gesetzes wegen nichts übrig, worauf er verzichten könnte. Durch den Verzicht dürfe der Muter nicht mehr Rechte erlangen als durch den Nichtverzicht; ohne Verzicht trete zweifellos die Wirkung des § 18 a. a. O. ein; werde aber verzichtet, so werde dadurch nach der Auffassung der Beklagten nicht nur die Möglichkeit zur Neueinlegung der Mutung begründet, sondern auch die Möglichkeit zur Ausschließung von Zwischenmutern, mit anderen Worten, es werde dann nur formell eine neue Mutung eingelegt, in Wahrheit werde die Rechtswirkung der alten erloschenen Mutung in die neue Mutung hinübergezogen, um ein Vorrecht gegen die ältere Konkurrenzmutung zu gewinnen. Diese Ausführung beruht

auf einer Verkennung des Wesens sowohl der Mutung wie des Verzichts. Die Mutung ist in formeller Beziehung das an die zuständige Bergbehörde gerichtete Gesuch um Verleihung des Bergwerkseigentums (§ 12 Allgemeines Berggesetz). Sie begründet in materieller Beziehung für den Muter, soweit er den gesetzlichen Erfordernissen genügt hat, einen Anspruch auf Verleihung (§ 22 a. a. O.). Nach § 14 a. a. O. muß die Mutung enthalten den Namen und Wohnort des Muters, die Bezeichnung des Minerales, auf das die Verleihung verlangt wird, die Bezeichnung des Fundpunktes und den dem Bergwerk beizulegenden Namen. Die Lage und Größe des Feldes braucht in dem Gesuche nicht angegeben zu sein; eine hierauf bezügliche Erklärung muß aber unter Beifügung des Situationsrisses binnen sechs Wochen erfolgen, widrigenfalls die Mutung von Anfang an ungültig wird (§§ 17, 18 a. a. O.). Diese Feldesstreckung bildet hiernach einen wesentlichen Teil der Mutung; erst dadurch werden die örtlichen Grenzen bezeichnet, die eine Schließung des Feldes ermöglichen (§ 19 a. a. O.) und die Grundlage der Verleihung zu bilden geeignet sind. Aber die durch Feldesstreckung noch nicht ergänzte Mutung bildet nicht, wie das Obertribunal in einem Urteile vom 25. Februar 1870 annimmt, eine bloße Anmeldung von Ansprüchen, sondern ist als eine rechtsgültige Mutung anzusehen, die, soweit dies ohne Feldesstreckung möglich ist, vollständig als Mutung wirkt, namentlich den Fundpunkt den Mutungen Dritter entzieht, die aber von der auflösenden Bedingung abhängig ist, daß innerhalb sechs Wochen die Vervollständigung des Gesuches durch Feldesstreckung erfolge. Das aus der Mutung fließende Recht auf Verleihung des Bergwerkseigentums bildet vom Tage der Einlegung an ein Vermögensstück des Muters, das nach allgemeiner Rechtsregel dessen freier Verfügung unterliegt. Er kann daher darauf verzichten und dadurch die Mutung zum Erlöschen bringen (§§ 378 ff. I. 16. A.L.R.) und dies geschieht, wenn er bei der Bergbehörde sein Gesuch zurückzieht. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Mutung schon durch Feldesstreckung vervollständigt war oder nicht; die Wirkung ist in beiden Fällen dieselbe, die Mutung geht unter mit allen daraus fließenden Rechten. Eine erledigte Mutung bedarf aber nicht mehr der Ergänzung durch Feldesstreckung; wenn eine solche wirklich noch innerhalb der sechswöchigen Frist erfolgen sollte, so würde sie, weil gegenstandslos, ohne rechtliche Bedeutung sein. Mit Zurücknahme der Mutung fällt der bis dahin von ihr bestrickte Fundpunkt ins Bergfreie und kann deshalb nunmehr von Jedermann zur Einlegung einer neuen Mutung benutzt werden. Was aber jedem Dritten freisteht, darf auch dem früheren Muter nicht versagt werden, und daraus ergiebt sich, daß es dem Muter gesetzlich unverwehrt ist, auf Grund seines alten Fundes eine neue Mutung einzulegen und so eine neue Frist zur Feldesstreckung zu gewinnen. Von diesen Grundsätzen ist auch das Urteil im Falle Nr. 2149 ausgegangen. Der Berufungsrichter meint, der in § 18 a. a. O. verfolgte Zweck, Kollisionen mit Dritten zu verhüten, würde nicht erreicht werden, wenn dem Muter gestattet wäre, unter Verzicht auf seine Mutung auf denselben Fund von neuem zu muten. Aber der Berufungsrichter übersieht, daß durch die Zurücknahme der Mutung alle Rechte des Muters auf Verleihung erlöschen und daß die gleichzeitig eingelegte neue Mutung nur neue Rechte auf Verleihung begründet, die mit der älteren Mutung nicht den geringsten Zusammenhang haben. Zwar erlangt der Muter für die neue Mutung eine neue Frist zur Feldesstreckung; aber diese Frist beginnt mit Einlegung der neuen Mutung und die Feldesstreckung wird auf diesen Tag, nicht auf den Tag zurückbezogen an dem die ältere Mutung dem Revierbeamten vorgelegt war. Daraus folgt, daß alle Konkurrenzmutungen, die in der Zwischenzeit auf Grund besonderen Fundes eingelegt sind, der neuen Mutung vorgehen und diese ungültig wird, wenn infolge Feldesstreckung eines solchen konkurrierenden Muters der Fundpunkt überdeckt wird. Es ergiebt sich hieraus, daß durch die Zurücknahme der Mutung verbunden mit einer neuen Mutung Niemand gehindert ist, die aus der Bergbaufreiheit ihm inzwischen erwachsenen Rechte auszuüben. Nur der Fundpunkt ist es, der auf diese Weise den Zugriffen fremder Muter entzogen

bleibt. In der Sache selbst ist der Entscheidung der Bergbehörden überall beizustimmen. Die Gültigkeit einer Mutung ist nach § 15 des Allgemeinen Berggesetzes dadurch bedingt, daß ihr bessere Rechte Dritter auf den Fund nicht entgegenstehen. Entscheidend ist dabei der Zeitpunkt der Mutung, so daß die jüngere Mutung, wenn zur Zeit ihrer Einlegung der Fundpunkt durch die ältere Mutung bestrickt ist, ungültig bleibt, auch wenn die ältere Mutung später weggefallen ist. Die Mutung Athlet wurde vom Kläger am 23. September 1889 vormittags 9 Uhr 1 Minute eingelegt. Zu dieser Zeit war der Fundpunkt noch von der Mutung Ostergrube bestrickt, die erst am selben Tage nachmittags 2 Uhr 35 Minuten zurückgenommen wurde. Die Mutung Athlet ist hiernach nichtig. Da sie auch durch die Zurücknahme der Mutung Ostergrube nicht rechtsbeständig geworden ist, so lag der durch diese Zurücknahme frei gewordene Fundpunkt im Bergfreien, als der Beklagte S. auf denselben Fund die Mutung Ostern einlegte. Auch sonst entspricht die Mutung Ostern den gesetzlichen Erfordernissen; ihr war deshalb gegenüber der Mutung Athlet das Vorrecht zuzusprechen.

Nr. 2151. V. Sen. 30. Juni 1880. V. 1. 79. Bd. 2, Nr. 79, S. 295.

Umwandlung der Rechtsperson. Fortsetzung der Rechtssubjektivität. (Preuß. R.). Im Falle Nr. 1833 bestanden seit Anfang des achtzehnten Jahrhunderts in der Grafschaft Mansfeld fünf verschiedene Gewerkschaften ohne juristische Persönlichkeit, welche ihr Bergwerkseigentum durch genehmigtes Statut im Jahre 1851 konsolidierten und die Eigenschaft einer juristischen Person erhielten. Daß diese letztere, die Klägerin, die Rechtssubjektivität der früheren Gewerkschaften fortsetze, folgt aus dem Begriffe der Konsolidation nicht. Die Konsolidation ist die Vereinigung von zwei oder mehreren, auf selbständigen Berechtigungstiteln (Verleihungen) beruhenden Bergwerken zu einem einheitlichen Ganzen. Die Konsolidation schafft ein neues Rechts*objekt*. § 7 des Gesetzes über die Verhältnisse der Miteigentümer eines Bergwerks, § 42 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865. Erkenntnis des preußischen Obertribunals vom 29. Januar 1877 (Entsch. Bd. 79, S. 32). Die Hypothekenrechte und die Realrechte an den früheren einzelnen Bergwerken gehen auf das konsolidierte Werk nach näherer Vorschrift der Gesetze über. § 10 des Gesetzes vom 12. Mai 1851; §§ 43, 44, 48 des Allgemeinen Berggesetzes. Erkenntnis des preußischen Obertribunals vom 18. Februar 1853, Entscheidungen Bd. 25, S. 293, Erkenntnis vom 29. Januar 1879, Entscheidungen Bd. 79, S. 30. Rechte zur Sache (§ 124, I. 2 A.L.R.), die überdies durch eine hypothekarische Protestation geschützt sind oder bei denen die Rechtshängigkeit vor der Konsolidation eingetreten ist (§ 48, I. 7 A.G.O.) mögen diesen Schutz auch bezüglich des konsolidierten Werkes genießen (Entsch. des Obertrib. Bd. 25, S. 298, 299). Für rein persönliche Rechte fehlt es an einem Objekt, an das diese Rechte sich anlehnen und mit dem sie auf jeden folgenden Besitzer dieses Objekts übergehen könnten. Nach der früheren landrechtlichen Gesetzgebung (§ 268, II. 16 A.L.R.) waren die Gewerke (Gesamteigentümer) in Ermangelung eines unter ihnen bestehenden zunächst maßgebenden Vertrages nach den allgemeinen Grundsätzen Teil I Titel 17 zu beurteilen. Die alten Gewerkschaften galten nach dem § 1 des Gesetzes vom 12. Mai 1851 als erlaubte Gesellschaften (§§ 11 ff. II. 6 A.L.R.) mit den inneren Rechten der Korporationen (§ 14), während nach außen hin die Gewerke die Rechtssubjekte sind (§ 12, II. 6 A.L.R.) und durch den Repräsentanten vertreten werden (§§ 13 ff. des Gesetzes vom 12. Mai 1851, Erk. des preuß. Obertribunals vom 26. Juni 1872, Entsch. Bd. 67, S. 239, Erk. vom 5. Juli 1858, Entsch. Bd. 39, S. 341, Erk. vom 7. September 1877, Entsch. Bd. 80, S. 251, 253). Die persönlichen Verpflichtungen der alten fünf Gewerkschaften sind bei dem Mangel des Nachweises eines besonderen Rechtsgrundes mit der Erwerbung der alten Grubenfelder und mit der Konsolidation auf die Klägerin nicht übergegangen.

Nr. 2152. V. Sen. 6. Oktober 1883. V. 188. 83. Bd. 10, Nr. 57, S. 210.

Rechnungslegung über mitgewonnene Mineralien. § 56 des preußischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 (Preuß. R.). Der Bergwerkseigentümer, welcher auf Grund oberbergamtlicher Anordnung befugt ist, ein in seinem Felde auftretendes einem anderen verliehenes Mineral mitzugewinnen, ist nicht verpflichtet, über diese Gewinnung Rechnung zu legen. Aus einer vermeintlichen Geschäftsführung ohne Auftrag läßt sich die Verpflichtung zur Rechnungslegung nicht herleiten und die §§ 228ff., 256, I. 13 A.L.R. sind nicht anwendbar. Es ist auch nicht eine communio incidens hinsichtlich des Bergwerkseigentumes, also nicht eine zufällige Gemeinschaft im Gewinnungsrechte (§ 54 des Allgemeinen Berggesetzes) eingetreten und ebensowenig bezüglich der gewonnenen Produkte. Von einer Verbindung, Vermengung oder Vermischung von Sachen, die verschiedenen Eigentümern gehören (§§ 298ff. I. 9 A.L.R.(, wobei unter Umständen ein gemeinschaftliches Eigentum entstehen kann (§ 318 a. a. O.) ist nicht die Rede. Auch aus der Besitzergreifung ist die Verpflichtung zur Rechnungslegung nicht herzuleiten. Auch sonstige allgemeine civilrechtliche Grundsätze stehen dem Kläger bei seinem Verlangen auf Rechnungslegung nicht zur Seite. Die Sachlage ist durch die eigentümlichen Verhältnisse des Bergbaues geschaffen, ohne jedes Verschulden des Beklagten. Nr. 2146.

Nr. 2153. III. Sen. 27. Oktober 1891. III. 140. 91. Bd. 28, Nr. 34, S. 152.

Abgrenzung des Grundeigentums und der Bergwerksberechtigung. (Gem. R.). Die Beklagte nimmt auf Grund des ihr verliehenen Rechts zum Abbau des Kupferschieferflötzes im Kyffhäusergebirge das Recht in Anspruch, Fremde in die dort belegene sogen. Barbarossahöhle, eine natürliche Tropfsteinhöhle, einzuführen, ficht auch in dieser Instanz nicht mehr die Annahme des Berufungsrichters an, daß sie dies seit langer Zeit, und zwar gegen ein vom Bergamte reguliertes Eintrittsgeld und unter Oberaufsicht desselben habe thun lassen. Der Kläger bestreitet ihr auf Grund seines Eigentums an der Höhle das Recht hierzu und verlangt Unterlassung der Einführung von Fremden in dieselbe unter Hinweis auf angeblich der Höhle drohende Beschädigungen. Außer Streit ist, daß das über der ganzen Höhle liegende Gebäude im Eigentum des Klägers steht; andererseits erkennt dieser an, daß die Beklagte gemäß ihrer Beleihung zur *bergmännischen* Ausnutzung der Höhe berechtigt ist, und will ihrer Ausnutzung, soweit diese bergmännisch ist, nicht entgegentreten. Die Entscheidung des Rechtsstreits beruht darauf, in welchem Umfange das Eigentum des Klägers an der Höhle durch das dem Beklagten zustehende Bergbaurecht an dem Kyffhäusergebirge, insbesondere an der fraglichen Stelle beschränkt wird. Den Ausführungen des Berufungsrichters, die in dieser Beziehung zu einem für den Beklagten ungünstigen Ergebnisse führen, muß beigetreten werden. Der Berufungsrichter verkennt nicht, daß die Bergbauberechtigung nicht bloß das Recht zur Gewinnung der verliehenen Fossilien und damit das Recht zu allen hierzu erforderlichen Dispositionen über Gestein und Erdreich unter Tage giebt, sondern daß dem Bergbauberechtigten auch die Verfügung über alle zu jenem Zwecke getroffenen Anlagen, namentlich Stollen und Schächte, zusteht. Er verkennt auch nicht, daß möglicherweise die beim Einschlagen von Schächten und beim Treiben von Stollen vorgefundenen Höhlungen (Schlotten) Bestandteile von ersteren werden, und nimmt an, daß sie dadurch unter die gleiche Dispositionsbefugnis wie jene fallen können. Immer und überall findet er aber diese wie jene durch den *Zweck des Bergbaues* bedingt und beschränkt, so daß jeder Gebrauch derselben, der diesem Zwecke nicht dient, als ausgeschlossen und als unberechtigter Eingriff in das Eigentum des Grundbesitzers zu gelten hat. Die Bergbauberechtigung giebt dem Inhaber das Recht, das fremde Grundeigentum durch unterirdischen, bergmännischen Bau zum Zwecke der Aufsuchung und Gewinnung der verliehenen Fossilien auszunutzen und die hierzu nötigen unterirdischen Bauten vorzunehmen auch die sich etwa dabei vorfindenden Höhlungen zu diesem Zwecke zu verwenden. Sie giebt ihm aber eben nur dies Recht, das demnach in jenem Zwecke

seine Bedingung und Schranke gegenüber dem absoluten Rechte des Eigentums, wie es das gemeine Recht anerkennt, finden muß. Wie weit hierin die Befugnis zu finden ist, die zu bergmännischen Zwecken hergestellten künstlichen Anlagen und Einrichtungen auch zu anderem Behufe (z. B. zu Schaustellungen) zu verwenden, kann unerörtert bleiben, da hierüber zur Zeit nicht gestritten wird. Keinesfalls kann dies geschehen bezüglich solcher Höhlungen, die der Bergbauberechtigte nicht erst für den Bergbau herstellt, sondern als natürliche vorfindet, und zwar kraft seiner Bergbauberechtigung benutzen kann, aber doch nicht weiter benutzen darf, als dies durch den Zweck des Bergbaues begrenzte Recht reicht. Nun hat aber der Berufungsrichter thatsächlich festgestellt, daß die Einführung von Fremden in die Barbarossahöhle überhaupt in keiner Verbindung mit dem Bergbau der Beklagten steht, indem ein solcher in derselben oder der Stollenfortsetzung jenseits nicht stattfindet, schaulustige Fremde auch nicht zur Besichtigung von Bergwerksanlagen, sondern lediglich zur Besichtigung der natürlichen Höhle eingeführt werden. Eine solche Benutzung liegt außerhalb der Zwecke des Bergbaues und darum außerhalb der Grenzen einer Bergbauberechtigung, und der Kläger ist zur Zurückweisung eines solchen Eingriffes in sein Eigentum mit Recht für befugt erachtet worden.

Nr. 2154. V. Sen. 12. Dezember 1881. V. 107. 81. Bd. 6, Nr. 78, S. 281.

Gewerkschaftsrecht. (Preuß. R.). Wenn die Mitbeteiligten eines Bergwerks im Ausübung des im §. 133 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 gewährten Freiheit vertragsmäßige Bestimmungen treffen, die mit solchen gewerkschaftlichen Vorschriften des Allgemeinen Berggesetzes in Widerspruch stehen, die unabänderlich sind, so kann unter ihnen überhaupt ein gewerkschaftliches Verhältnis mit den Wirkungen der §§ 94—132 a. a. O. nicht entstehen. Alsdann ist das von ihnen getroffene Abkommen lediglich nach den allgemein geltenden civilrechtlichen Vorschriften zu beurteilen. Die §§ 94—132 sind auch nicht ergänzend anzuwenden und es kommen die in ihnen enthaltenen vom Civilrecht abweichenden Bestimmungen nur soweit in Anwendung, als sie in den Vertrag als Bestandteile desselben aufgenommen sind. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber nicht um eine erst unter dem Allgemeinen Berggesetze entstandene Mitbeteiligung, die fragliche Gewerkschaft hat bereits vor Eintritt der Gesetzeskraft des gedachten Gesetzes bestanden und es enthalten die für die alten Gewerkschaften geltenden Gesetze keine Bestimmung, wonach die gewerkschaftlichen Rechtsnormen in ihrem ganzen Umfange in dem Falle ausgeschlossen bleiben sollen, in welchem unter den Mitbeteiligten ein Vertrag besteht, bei dem einzelne Abreden mit solchen gewerkschaftlichen Vorschriften sich im Widerspruch befinden, welche nach dem Allgemeinen Berggesetze § 94 Abs. 3 statutarisch nicht abgeändert werden dürfen. Im Gegenteil gelten bei den alten Gewerkschaften die gewerkschaftlichen Rechtsnormen des Allgemeinen Berggesetzes, soweit sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind, nebenher und ergänzend neben der vertragsmäßigen Abrede. Die im vorliegenden Falle unter den Gewerken der Zeche O. bestehende Vereinbarung, wonach die 31 Kuxe der Stadt B. von den Beklagten und gewissen anderen Kuxen frei gebaut werden müssen, ist nun nicht unvereinbar mit dem für die alten Gewerkschaften geltenden § 99 des Allgemeinen Berggesetzes, wonach für die Verpflichtungen der Gewerkschaft nur deren Vermögen verhaftet ist. Die durch die erwähnte Vereinbarung abweichend vom § 102 a. a. O. normierte Beitragspflicht der einzelnen Gewerke zu den Verpflichtungen und zum Betriebe des Bergwerks hat nichts gemein mit den Beziehungen zwischen der Gewerkschaft und den Gläubigern derselben und mit dem Satze (§ 99), daß den Gläubigern der Gewerkschaft lediglich deren Vermögen haftet. Die alten Gewerkschaften verlieren die Gewerkschaftseigenschaft nicht, wenngleich in ihren alten Statuten Anordnungen enthalten sind, die unabänderlichen Bestimmungen des Allgemeinen Berggesetzes widerstreiten.

Nr. 2155. I. Sen. 6. Juli 1892. I. 120. 92. Bd. 30, Nr. 57, S. 194.

Vertretungsbefugnis des Gewerkschaftsrepräsentanten. §§ 118, 119 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865. (Preuß. R.). Die Vertretungsbefugnis des Gewerkschaftsrepräsentanten und des Grubenvorstandes ist durch das Gesetz nur präsumtiv oder dispositiv geordnet, d. h. der gesetzliche Umfang der Vertretungsbefugnis kommt zur Geltung, wenn seitens des Prinzipales (der Gewerkschaft) nicht abändernde Festsetzungen in einschränkendem oder erweiterndem Sinne getroffen sind. Die Vollmacht des Repräsentanten steht demnach bezüglich der Zulässigkeit von Einschränkungen nicht mit der des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eines Prokuristen, sondern mit der des Handlungsbevollmächtigten auf einer Stufe. Die nicht in die Legitimationsurkunde aufgenommenen Beschränkungen der gesetzlichen Vollmacht sind hiernach zwar dem gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam, stehen aber dem entgegen, der in deren Kenntnis mit dem Repräsentanten der Gewerkschaft ein Rechtsgeschäft schließt. Dies ergiebt sich aus dem in § 128 des Allgemeinen Berggesetzes enthaltenen Hinweise auf die allgemeinen Vorschriften über den Vollmachtsvertrag. Es ist danach unstatthaft, die in der Legitimation nicht zum Ausdruck gebrachten Beschränkungen der Vertretungsbefugnis als Instruktionen anzusehen, die dem Dritten gegenüber auch dann nicht in Betracht kommen, wenn er Kenntnis von ihnen hat. Das A.L.R. (§§ 90 ff. I. 13) unterscheidet allerdings zwischen Vollmacht und Instruktion; allein es ist nicht zweifelhaft, daß der Dritte, der die in der Instruktion enthaltenen Beschränkungen der Vollmacht kennt, diese gegen sich gelten lassen muß. Vgl. § 120, II. 6 A.L.R. Im vorliegenden Falle hat der Gewerkschaftsrepräsentant P., mit dem Beklagten ohne Zustimmung des Klägers den von diesem als für ihn unverbindlich angefochtenen Vertrag vom 29. November 1883 über den Vertrieb der Grubenausbeute abgeschlossen. Der Kläger war seit dem 23. Juni 1883 Alleineigentümer sämtlicher Kuxe der Grube, mithin trotz des formalen Fortbestandes der Gewerkschaft ebenso wie zur Entlassung des P. aus der Repräsentantenstellung auch zur Einschränkung seiner Vollmacht berechtigt. Daß bei Abschluß des Vertrages vom 29. November 1883 der Beklagte von der Vereinigung sämtlicher Kuxe in der Hand des Klägers Kenntnis hatte, ist unbestritten. Es kann sich demnach nur fragen, ob der Kläger vor Abschluß des Vertrages dem Beklagten den Willen zu erkennen gegeben hat, daß P. nicht ermächtigt sein sollte, einen derartigen Vertrag namens der Gewerkschaft abzuschließen.

Nr. 2156. V. Sen. 15. Januar 1881. V. 388. 80. Bd. 3, Nr. 78, S. 274.

Vorzugsrecht der gewerkschaftlichen Zubuße. (Preuß. R.). Den Gewerkschaften steht wegen der Zubuße an den Kuxen des zahlungssäumigen Gewerken ein dingliches Recht oder doch ein Vorzugsrecht vor den Hypotheken-, Pfand- und sonstigen Gläubigern dieses Gewerken nicht zu. §§ 102, 109, 130, 131, 234 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865. Das Vorzugsrecht läßt sich weder aus dem Berggesetz noch auch der landrechtlichen Gesetzgebung herleiten und würde mit dem nach der landrechtlichen Gesetzgebung geltenden Pfand- und Hypothekenrechte ganz unvereinbar sein. Die allgemeinen Grundsätze des Miteigentums und das dem Absonderungsrecht im Konkurse (§ 36 der preußischen K.O., §§ 14, 44 der R.K.O.) zum Grunde liegende Prinzip (vergl. Dernberg, Preußisches Privatrecht, 4. Aufl., Bd. 1, § 270 a. E., S. 688) können zur Bewilligung des fraglichen Vorzugsrechts nicht führen. Auch aus der rechtlichen Beschaffenheit der Kuxe ergiebt sich die Notwendigkeit des Vorrechts nicht. Nr. 3789.

Nr. 2157. V. Sen. 15. Mai 1886. V. 2. 86. Bd. 16, Nr. 39, S. 174.

Befugnis zur Berufung einer Gewerkenversammlung. (Preuß. R.). Nach § 122 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 beruft „der Repräsentant und der Grubenvorstand“ die Generalversammlung. Der Grubenvorstand besteht aus zwei oder

mehreren Personen (§ 117 a. a. O.). Hat eine Gewerkschaft den Willen, daß ihre Vertretung von Mehreren ausgeübt werden soll, durch die Wahl eines Grubenvorstandes bethätigt, so können die Mitglieder desselben auch nur gemeinschaftlich handeln. (§§ 201—207, I. 13 A.L.R., § 128 des Allgemeinen Berggesetzes). Scheidet ein Mitglied aus, so können die verbleibenden diejenigen Rechte, welche dem Grubenvorstande zustehen, nicht ausüben, sondern es muß zuvor eine Ergänzung des Vorstandes stattfinden. In der Doktrin ist zwar die Ansicht vertreten, daß § 122 des Allgemeinen Berggesetzes nur Anwendung finde, wenn die Gewerkschaft bereits eine Vertretung besitzt, daß dagegen, wenn eine solche noch nicht besteht, jeder Gewerke zum Zwecke der Wahl eines Repräsentanten oder Grubenvorstandes eine Gewerkenversammlung berufen könne. Dieser Ansicht ist aber nicht beizutreten. Die fragliche Befugnis hat nicht den rechtlichen Charakter eines Individualrechts; sie würde im Falle gleichzeitiger Ausübung von verschiedenen einzelnen Gewerken ohne Übereinstimmung im übrigen, also z. B. bei verschiedener Ortsbestimmung, zu unlösbarer Kollision führen können. Sie ist auch entbehrlich. Denn für den in Frage stehenden Fall hat das Gesetz eine Aushilfe gegeben, indem es in § 122 Abs. 4 des Allgemeinen Berggesetzes die Bergbehörde ermächtigt, auf Antrag eine Generalversammlung zur Wahl eines Repräsentanten oder Grubenvorstandes zu berufen.

Nr. 2158. V. Sen. 27. April 1881. V. 345. 80. Bd. 4, Nr. 81, S. 296.

Stimmrecht des Grubenvorstandes bei der Abnahme der vom Vorstande gelegten Rechnung. (Preuß. R.). Es handelt sich im vorliegenden Falle um einen Gewerkschaftsbeschluß, durch den eine Änderung in der bisherigen Sachlage herbeigeführt wird. Durch den Gewerkschaftsbeschluß, worin dem Grubenvorstand Decharge für ein Rechnungsjahr erteilt wird, soll die bis dahin bestehende Verantwortlichkeit des Grubenvorstandes für die Verwaltung während des bezeichneten Zeitraumes aufgehoben werden. Das Anfechtungsrecht des § 8 des Gesetzes vom 12. Mai 1851 und des § 115 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 ist also gegeben. Nach Lage der Umstände hat aber die Gewerkenversammlung, indem sie die Decharge erteilte, eine ihr gesetzlich obliegende Pflicht erfüllt, und der hierauf bezügliche Gewerkschaftsbeschluß ist im Sinne des § 115 a. a. O. als ein zum Besten der Gewerkschaft gereichender anzusehen, weil bei unterlassener freiwilliger Dechargeleistung für die Gewerkschaft die Gefahr entstand, im Rechtswege zwangsweise und kostenpflichtig zur Erfüllung dieser Verpflichtung angehalten zu werden. Aus dieser (entscheidenden) Mitverwertung der Stimmen der Vorstandsmitglieder beim Zustandekommen des Gewerkschaftsbeschlusses kann ein Anfechtungsgrund gegen den letzteren nicht entnommen werden. Die im § 115 a. a. O. den einzelnen Gewerken gestattete Berufung auf richterliche Entscheidung darüber, ob ein Gewerkschaftsbeschluß zum Besten der Gewerkschaft gereicht, gewährt ein vollständig ausreichendes Schutzmittel gegen einen ungebührlichen Einfluß des rechnungslegenden Repräsentanten oder Grubenvorstandsmitgliedes auf die Gewerkenversammlung, die die Abnahme der Rechnung zu erledigen hat, ohne daß es erforderlich ist, ihm sein Mitstimmrecht in dieser Gewerkenversammlung zu entziehen.

Nr. 2159. I. Sen. 29. Juni 1892. I. 130. 92. Bd. 29, Nr. 68, S. 281.

Befugnis der Gewerkschaft zur Kompensation gegen Forderungen des Gewerken mit Beiträgen desselben, die durch Gewerkschaftsbeschluß bestimmt sind. §§ 342 ff. I. 16 A.L.R. § 130 des preußischen Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865. (Preuß. R.). Dem Kläger stand gegen die beklagte Gewerkschaft, deren Gewerke er ist, eine unstreitige Forderung aus Holzlieferungen zu. Die Beklagte setzte der Klage auf Zahlung eine Gegenforderung aus Beiträgen entgegen, die der Kläger als Gewerke nach Gewerkschaftsbeschluß schuldete. Der Kläger widersprach der Aufrechnung, indem er unter Überreichung des Kurscheines den Verkauf seines Anteils behufs Befriedigung

der Gewerkschaft anheimstellte. Der erste Richter wies die Klage ab. Der Berufungsrichter verurteilte unter Verwerfung des Kompensationseinwandes. Die Revision war erfolglos. Durch § 130 des Berggesetzes ist dem Gewerken das Recht gewährt, unter den dort angegebenen Voraussetzungen die persönliche Haftung für die ausgeschriebenen Beiträge von sich abzuwenden und eine anderweite seinem Willen nicht entsprechende Berichtigung der Beiträge abzulehnen. Da er von diesem Rechte auch noch nach der Verurteilung und zur Abwendung der Exekution Gebrauch machen kann, so läßt sich nicht in Zweifel ziehen, daß ihm die Geltendmachung des Rechts auch jedem auf Berichtigung der Beiträge abzielenden Verlangen der Gewerkschaft gegenüber zusteht. Eine von der Gewerkschaft abgegebene Kompensationserklärung würde aber gemäß §§ 300, 301, I. 16 A.L.R. die rechtliche Bedeutung haben, daß die Beitragsverbindlichkeit ohne den Willen des Gewerken gleichwie durch geleistete Zahlung getilgt ist. Deshalb ist die Gewerkschaft nach der klaren Bestimmung des Gesetzes zur wirksamen Abgabe der einseitigen Kompensationserklärung nicht berechtigt und der Gewerke nicht verpflichtet, eine solche Erklärung als rechtswirksam anzuerkennen. Eine fällige Verbindlichkeit der Gewerkschaft und eine fällige Beitragsverbindlichkeit des Gewerken sind daher im Sinne der §§ 342, 343, I. 16 A.L.R. ihrer Beschaffenheit nach nicht gleichartig. Der Gewerke kann seine Befriedigung wegen einer fälligen Verbindlichkeit der Gewerkschaft an ihn ohne deren Einwilligung beitreiben und durchführen, während der Gewerkschaft das gleiche Recht wegen fälliger Beitragsverbindlichkeiten des Gewerken vom Gesetze ausdrücklich genommen ist. Durch die einseitig abgegebene Kompensationserklärung der Gewerkschaft wird das Recht des Gewerken aus § 130 a. a. O. überhaupt nicht berührt. Nur eine rechtswirksame Kompensationserklärung führt den gleichen Erfolg herbei wie die Zahlung.

Nr. 2160. I. Sen. 28. November 1888. I. 258. 88. Bd. 23, Nr. 43, S. 202.

Rechtliche Natur der Gewerkschaften. Vereinigung sämtlicher Kuxe in einer Hand. (Preuß. R.). Die Frage, ob durch die Vereinigung sämtlicher Kuxe in einer Hand die Gewerkschaft aufgelöst wird, läßt sich unmittelbar aus dem Berggesetze vom 24. Juni 1865 nicht beantworten. Die Vorschriften §§ 94 und 100 a. a. O. geben keine Entscheidung. Maßgebend sind, soweit sich nicht etwa aus dem Wesen der Gewerkschaft Modifikationen ergeben, die für juristische Personen geltenden allgemeinen Grundsätze. Die Bestimmungen der §§ 25—202, II. 6 A.L.R. sind auch auf die Vereinsbildungen der neueren Zeit, bei denen das Vorhandensein einer Rechtspersönlichkeit nicht auf besonderer staatlicher Verleihung beruht, sondern aus dem Gesamtinhalte der die betreffende Vereinigung regelnden gesetzlichen Vorschriften konstruktiv erschlossen wird, wenn diese Vereinsbildungen auch bei Abfassung des preußischen Gesetzbuches noch unbekannt waren, insoweit anzuwenden, als sie nicht auf das Verhältnis der Korporation zur Staatsgewalt Bezug haben, sondern ein Ergebnis des Rechtsgedankens sind, daß die universitas als solche d. h. als Einheit in die Erscheinung tritt und Träger rechtlicher Beziehungen wird. Das Wesen der Gewerkschaft steht einer solchen Anwendung nicht entgegen. Vielmehr ist der Umstand, daß die Vereinigung sämtlicher Kuxe in einer Hand eine äußerlich nicht hervortretende Thatsache ist, die jeden Augenblick wieder beseitigt werden kann, geeignet, jene Bestimmungen gerade hier als besonders praktisch und dem Verkehrsbedürfnisse entsprechend erscheinen zu lassen. Solange die Vereinigung dauert, kann zwar von einer Gewerkenversammlung nicht die Rede sein, wohl aber können von den allein vorhandenen Gewerken mit Wirkung für die Gewerkschaft Beschlüsse gefaßt werden; ebenso ist eine Vertretung der Gewerkschaft durch den Repräsentanten, den Grubenvorstand oder sonstige Bevollmächtigte möglich. Die Auflösung der Gewerkschaft ist demnach nicht schon infolge jener Thatsache, sondern erst dann anzunehmen, wenn der Alleineigentümer der Kuxe einen bestimmten auf die Auflösung gerichteten Willen in äußerlich erkennbarer Weise kundgegeben hat.

Nr. 2161. V. Sen. 9. Juli 1890. V. 76. 90. Bd. 26, Nr. 64, S. 334.

Umwandlung einer Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft. Passive Succession im Falle der Übertragung eines Vermögensinbegriffes mit Aktiven und Passiven. (Preuß. R.). Es handelt sich um die Frage, ob durch die Übernahme eines Vermögensinbegriffes mit Aktiven und Passiven eine Succession des Übernehmers auch in die letzteren dergestalt sich vollzieht, daß, wie die Schuldner des Inbegriffes, so auch die Gläubiger in ein unmittelbares Rechtsverhältnis zu dem Übernehmer treten. Hierbei kommt es im vorliegenden Falle zunächst darauf an, ob überhaupt eine Veräußerung und damit ein Übergang eines Vermögenskomplexes auf ein anderes Rechtssubjekt vorliegt oder vielmehr nur eine Veränderung der Gesellschaftsform, nämlich eine Umwandlung der Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft. Nach § 94 Tit. 4 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 bilden zwei oder mehrere Mitbeteiligte eines Bergwerkes eine Gewerkschaft, für welche Gesellschaftsform die Bestimmungen der §§ 94—132 a. a. O. zur Anwendung kommen. Nach § 133 das. aber können die Rechtsverhältnisse der Mitbeteiligten eines Bergwerks durch Vertrag oder sonstige Willenserklärung auch anderweit geregelt, mithin auch eine bereits bestehende Gewerkschaft in eine andere gesetzlich zulässige Gesellschaftsform umgewandelt werden, wozu nur ein einstimmig gefaßter Gewerkschaftsbeschluß erfordert wird. Im Falle einer solchen Umwandlung bleibt das Rechtssubjekt dasselbe, ein Wechsel im Eigentume findet nicht statt und ebensowenig eine Veränderung in den rechtlichen Beziehungen zu dritten Personen; die neue Gesellschaft bleibt gegenüber den Gläubigern wie den Schuldnern der bisherigen Gewerkschaft verpflichtet wie berechtigt, nicht auf Grund einer Succession, sondern als dasselbe Rechtssubjekt in neuem Gewande. Die Frage, ob nur eine solche Umwandlung oder aber eine Veräußerung des Bergwerks vorliegt, hat der Berufungsrichter nicht in Betracht gezogen, und es bietet sich auch kein genügender Anhalt, sie im Wege rechtlicher Schlußfolgerung aus den festgestellten Thatsachen zu entscheiden. Die Annahme, daß es sich hier nur um eine in der Gewerkenversammlung beschlossene Umwandlung der Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft handelte, wird insbesondere noch nicht dadurch ausgeschlossen, daß bei dem Gründungsvertrage sich außer der Gewerkschaft noch andere Personen durch Zeichnung von Aktien beteiligt haben. Denn es war die Gewerkschaft nicht gehindert, bei der etwa beschlossenen Umwandlung in eine Aktiengesellschaft noch andere Personen als Beteiligte hinzuzuziehen. Wenn aber auch eine Prüfung des vollständigen Inhalts des Gründungsvertrages und des Gewerkschaftsbeschlusses zu der Feststellung führen sollte, daß nicht bloß eine Umwandlung der Gesellschaftsform, sondern eine Veräußerung des Bergwerkes an die zu gründende Aktiengesellschaft beabsichtigt war und dieser Absicht gemäß in Ausführung gebracht worden ist, so würde immer noch weiter zu prüfen sein, ob damit die Gewerkschaft als Rechtssubjekt zu existieren aufgehört, und falls dies anzunehmen wäre, von diesem Gesichtspunkte die Frage der passiven Succession anderweit zu erwägen und zu entscheiden sein. Nr. 453.

Nr. 2162. V. Sen. 21. Dezember 1892. V. 210. 92. Bd. 30, Nr. 73, S. 250.

Rechtliche Natur der Schadensersatzpflicht des Bergwerksbesitzers gegenüber dem Grundeigentümer. §§ 148, 150 Abs. 2 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865. (Preuß. R.). Der Kläger ist Eigentümer von Grundstücken, die er durch Auflassung vom 16. April 1889 zusammen mit anderen Parzellen erworben hat. Die Grundstücke liegen im Felde des Bergwerks der Beklagten und sind von deren Grubenbauen, von denen die ersten Strecken im Jahre 1888 dorthin getrieben sind, unterfahren. Der Kläger behauptet, daß die gedachten Grundstücke zu Bauplätzen geeignet seien, daß er sie aber hierzu nicht benutzen könne, weil sie durch den Bergbau der Beklagten gefährdet seien, und daß er aus diesem Grunde und infolge der ihm von der Beklagten zugegangenen Warnung seine Absicht, auf den Grundstücken Arbeiterhäuser zu errichten,

habe aufgeben müssen. Er fordert deshalb als Schadensersatz die Differenz zwischen dem Werte, den die Grundstücke gegenwärtig als Ackerland haben, und dem Werte, den sie als Baustellen gehabt haben würden, wenn der Bergbau nicht dazwischen getreten wäre. In der Berufungsinstanz ist der Kläger abgewiesen, das Reichsgericht hat die hiergegen eingelegte Revision zurückgewiesen. Mit dem Berufungsrichter ist davon auszugehen, daß die im § 148 des Allgemeinen Berggesetzes anerkannte Legalobligation des Bergwerksbesitzers sowohl aktiv als passiv einen persönlichen Charakter hat und daß die Verpflichtung mit dem Zeitpunkte, wo der Schade entstanden ist, zur Vollendung gelangt. Der Kläger, der den Anspruch lediglich aus eigenem Rechte erhebt, ist hiernach zur Klage nur dann legitimiert, wenn der Schade, für den er Ersatz fordert, während seiner Besitzzeit entstanden ist. Der Berufungsrichter stimmt nun dem Kläger darin bei, daß schon die durch den Bergbau drohende Gefahr, wenn eine solche vorhanden sei, den Grundstücken die Bauplatzqualität genommen und dadurch deren Entwertung herbeigeführt habe; er ist aber der Meinung, daß diese Entwertung, wenn überhaupt eine solche stattgefunden haben sollte, spätestens schon im Jahre 1888 eingetreten sei. Die hierauf bezüglichen Feststellungen des Berufungsrichters sind frei von Rechtsirrtum und rechtfertigen die von ihm ausgesprochene Abweisung der Klage. Nach § 148 des Allgemeinen Berggesetzes ist der Bergwerksbesitzer verpflichtet, für allen Schaden, der dem Grundeigentume oder dessen Zubehörungen durch den Betrieb des Bergwerks zugefügt wird, vollständige Entschädigung zu leisten ohne Unterschied, ob der Betrieb unter dem beschädigten Grundstücke stattgefunden hat oder nicht, ob die Beschädigung von dem Bergwerksbesitzer verschuldet ist und ob sie vorausgesehen werden konnte oder nicht. Hiernach erfordert das Gesetz zur Begründung des Entschädigungsanspruches in objektiver Beziehung nichts weiter, als daß ein Schade an dem Grundstücke des Klägers entstanden ist und daß dieser Schade mit dem Betriebe des Bergwerks in ursächlichem Zusammenhange steht. Die Art und Weise, wie der Kausalzusammenhang hergestellt wird, ist dabei ohne rechtliche Bedeutung. Der Begriff des Schadens ist im Berggesetze nicht definiert und muß daher nach den Vorschriften des allgemeinen Civilrechts, hier nach denen des A.L.R. beurteilt werden. §§ 1, 7, I. 6 A.L.R. Bei Anwendung dieser Grundsätze ist die Beschädigung des Grundstücks des Klägers durch den Bergbau schon dann anzunehmen, wenn feststeht, daß die Parzellen bisher zu Bauplätzen geeignet waren, diese Eigenschaft aber durch die von dem Bergbau drohende Gefahr verloren hatten. Der § 150 Abs. 2 des Allgemeinen Berggesetzes steht dem nicht entgegen. In dieser Vorschrift ist keine Ausnahme von der Regel des § 148 a. a. O. gemacht, sondern nur aus Zweckmäßigkeitsgründen ein Fall des Dolus hervorgehoben. Es kann namentlich nicht zugegeben werden, daß nur in dem im § 150 Abs. 2 hervorgehobenen Falle der entzogenen Bebauungsgelegenheit die bloße Gefahr einer Beschädigung des Grundstückes einen Entschädigungsanspruch begründe. Dieser in dem Urteile des erkennenden Senats vom 13. Februar 1892 (Daubenspeck, Bergrechtliche Entscheidungen, S. 384) ausgesprochene Grundsatz kann hiernach nicht aufrecht erhalten werden. Der Grundeigentümer ist sonach, wenn seinem Grundstücke durch den umgehenden Bergbau die Bauplatzqualität entzogen ist, zum mindesten die abstrakte Wertsminderung d. h. die Differenz in dem gemeinen Sachwerte, wie er vor der Gefährdung bestand und wie er sich nachher gestaltet hat, zu fordern befugt, und die Beschädigung ist wenigstens insoweit schon mit jenem Zeitpunkte zur Existenz gelangt. Die Kenntnis des Grundeigentümers von der Beschädigung beeinflußt zwar die Geltendmachung des Anspruches und deshalb den Lauf der Verjährung; für die Entstehung des Anspruches aber ist sie ohne Bedeutung. Ob vielleicht bei Verfolgung des individuellen Schadens (des Interesses) von anderen Grundsätzen auszugehen sei, kann hier unerörtert bleiben, da der Kläger seinen Anspruch hierauf nicht gerichtet hat. Zwar hat der Kläger in der Klagbegründung zunächst behauptet, daß ihm durch die Gefährdung seiner Grundstücke die Bebauungsgelegenheit entzogen sei; aber was er als Ersatz hierfür fordert, besteht

in der Differenz der Werte des Grundstückes als Baugrundes und als Ackerlandes. Dieser Minderwert war nach der maßgebenden Feststellung des Berufungsrichters, wenn überhaupt, schon im Jahre 1888 vorhanden, also ehe der Kläger das Eigentum erworben hatte, und es hat sich seitdem nicht verändert. Hieraus folgert der Berufungsrichter mit Recht, daß der Schade, wofür der Kläger Ersatz fordert, nicht ihm erwachsen sein kann, sondern nur seinem Rechtsvorgänger. Hiergegen kann der Kläger auch nicht geltend machen, daß er den Preis, den er für die Gesamtbesitzung gegeben hat, nicht bewilligt haben würde, wenn er von der den Grundstücken durch den Bergbau drohenden Gefahr Kenntnis gehabt hätte. Der Kläger mag auf diese Weise einen Vermögensnachteil erlitten haben, und es mögen ihm daraus Gewährleistungs- und Entschädigungsansprüche erwachsen sein; aber zu der Beklagten ist er dadurch nicht in rechtliche Beziehungen getreten. Diese ist kraft des Gesetzes, abgesehen von dinglichen Berechtigungen, nur dem Eigentümer des Grundstücks als solchem verantwortlich, und zwar nur dem Eigentümer, dem zur Zeit der Beschädigung die Herrschaft darüber zustand.

Nr. 2163. V. Sen. 16. November 1892. V. 166. 92. Bd. 30, Nr. 68, S. 228.

Begriff des Bergwerksbesitzers, der den durch den Bergwerksbetrieb dem Grundeigentümer entstehenden Schaden zu ersetzen hat. § 148 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865. (Preuß. R.). Die Entscheidung hängt, da lediglich die durch § 148 des Allgemeinen Berggesetzes begründete Ersatzpflicht geltend gemacht ist, von Beantwortung der Frage ab, wer durch diese Vorschrift, wonach der Bergwerksbesitzer verpflichtet ist, für allen Schaden, der dem Grundeigentume durch den Betrieb des Bergwerks zugefügt wird, vollständige Entschädigung zu leisten, für entschädigungspflichtig erklärt worden sei. Die durch § 148 a. a. O. begründete Entschädigungspflicht ist im Gesetze selbst für unabhängig erklärt davon, ob die Beschädigung von dem Bergwerksbesitzer verschuldet worden ist, oder ob sie vorausgesehen werden konnte. Im Gegensatze zu den nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen aus Verträgen, vertragsähnlichen Verhältnissen und insbesondere aus unerlaubten Handlungen entstehenden Verpflichtungen zum Schadensersatze hat man diese Entschädigungspflicht als eine Legalobligation bezeichnet d. h. als eine solche, für welche der zu ihrer Begründung erforderliche Thatbestand lediglich dem besonderen die Verpflichtung aussprechenden Gesetze zu entnehmen ist. Das Gesetz aber, indem es den Besitzer des Bergwerks als den bezeichnet, der für den durch den Betrieb zugefügten Schaden aufzukommen hat, knüpft die Verpflichtung nicht in dem Sinne an die Thatsache des Betriebes, daß nur ein durch den Betrieb des Besitzers selbst entstandener Schade den Besitzer zur Entschädigung verpflichtet, sondern es ist der den Besitzer verpflichtende Thatbestand des Gesetzes erfüllt, wenn ein Schade am Grundeigentume eintritt, der in dem zu irgend welcher Zeit und von irgend Jemand geführten Betriebe des Bergwerks seinen Grund hat. Deshalb hat die Rechtsprechung unter mehreren aufeinander folgenden Besitzern des Bergwerks nicht denjenigen, dessen Betrieb den Schaden verursacht hat, sondern denjenigen als ersatzpflichtig bezeichnet, in dessen Besitzzeit der Schade wirklich eingetreten ist. Eine so von dem eigenen Verhalten des Verpflichteten völlig unabhängige Verbindlichkeit war gesetzgeberisch nur gerechtfertigt, wenn sie beabsichtigt war als eine billige Ausgleichung für die dem Grundeigentume durch das Bestehen eines davon gesonderten Bergeigentumes erwachsenden Beschränkungen. Als solche war sie in der That vom Gesetzgeber gemeint. Als derjenige, zu dessen Lasten die bezeichnete Ausgleichung zwischen dem Grundeigentume und dem Bergwerkseigentume füglich angeordnet werden konnte, erscheint aber nur der Eigentümer des Bergwerks, und damit stimmt es überein, daß die Motive den Verpflichtungsgrund in die Ausübung des Bergwerkseigentumes setzen, welche Ausübung ebensowohl durch Überlassung des Betriebes an Andere als durch eigenen Betrieb geschieht, wogegen derjenige, welcher auf Grund eines vom Eigentume abgeleiteten Rechts den Betrieb, wenn auch für eigene Rechnung führt,

nur dieses sein Recht, nicht das Eigentum ausübt. Daß mit dem Ausdrucke „Bergwerksbesitzer“ im § 148 a. a. O. der Eigentümer hat bezeichnet werden sollen, wird auch durch die in den Motiven weiter ausgesprochene Absicht bestätigt, die in Frage stehende Materie in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der §§ 112 ff. II. 16 A.L.R. zu ordnen. Die landrechtliche Praxis aber legte die lediglich aus dem Gesetze (ohne mitwirkendes Verschulden) begründete Entschädigungspflicht dem Bergwerkseigentümer auf. Nr. 2167.

Nr. 2164. V. Sen. 14. November 1894. V. 161. 94. Bd. 34, Nr. 54, S. 217.

Kautionspflicht des Bergwerksbesitzers bei Wertsverminderung eines Grundstücks infolge seiner Benutzung für den Betrieb des Bergbaues. § 137 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865. (Preuß. R.). In den 1870er Jahren hat die beklagte Gewerkschaft für die Zwecke ihres Bergbaues eine Grubenanschlußbahn von Z. nach S. angelegt und dazu von dem Rittergute Z., welches damals Eigentum des H. war später auf die H.sche Zuckersiedereicompagnie und dann auf den Kläger übergegangen ist, eine Grundfläche von etwa fünf Morgen herangezogen. H. war damit einverstanden und hat die Vornahme von umfangreichen Ausschachtungsarbeiten gestattet. Die Beklagte hat für die Benutzung jenes von ihr nicht eigentümlich erworbenen, sondern mit dem Rittergute auf dessen Erwerber übergegangenen Terrains jährlich 80 Mk. gezahlt. Der Kläger hat dies Verhältnis zum 1. Januar 1893 gekündigt. Um der Rückforderung des Terrains zu begegnen, hat die Beklagte den Enteignungsbeschluß vom 4./16. Dezember 1892 ausgewirkt, kraft dessen ihr die Benutzung des Terrains verblieben ist. Die von der Beklagten an den Kläger für die Weiterbenutzung der zur Anschlußbahn verwendeten Grundflächen jährlich im voraus zu zahlende Entschädigung ist auf 80 Mk. pro Morgen festgesetzt, das Verlangen des Klägers aber abgewiesen, daß die Beklagte eine angemessene Kaution zur Sicherung seines Anspruchs auf Ersatz des Minderwerts, den das Terrain bei seiner dereinstigen Rückgabe infolge seiner Umgestaltung zum Bahnkörper und seiner Benutzung in dieser Eigenschaft erlitten habe und noch erleiden werde, bestellen müsse. Der Kläger hat den Rechtsweg beschritten und beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihm zur Sicherung jenes Anspruchs eine Kaution von 10000 Mk. zu bestellen. Der erste Richter hat diesen Anspruch seinem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung des Beklagten ist zurückgewiesen. Ihre Revision ist ohne Erfolg gewesen. Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß die Kautionsbestellung nach § 137 des Allgemeinen Berggesetzes zu jeder Zeit während der Dauer der Benutzung des Grundstücks zu Bergbauzwecken und von jedem Grundeigentümer gefordert werden kann, wenn nicht durch Vertrag etwas Anderes festgesetzt ist. Zunächst ergiebt sich aus dem Wortlaut des § 135 a. a. O., daß als für den Betrieb des Bergbaues abgetreten auch solche Grundstücke gelten, die zu einer für Betriebszwecke bestimmten Eisenbahn abgetreten sind. Aus der Abtretung eines Grundstücks zur Benutzung für Bergbauzwecke entstehen in allen Fällen für den Bergwerksbesitzer die beiden Verpflichtungen, dem Grundbesitzer für die entzogene Nutzung jährlich im voraus vollständige Entschädigung zu leisten und das Grundstück nach beendeter Benutzung zurückzugeben. Diesen Verpflichtungen tritt für den Fall, daß durch die Benutzung eine Wertsverminderung des Grundstücks eingetreten ist oder voraussichtlich eintreten wird, als dritte hinzu, daß der Bergwerksbesitzer bei der Rückgabe des Grundstücks dessen Minderwert ersetzen und daß er auf Verlangen des Grundbesitzers schon bei der Abtretung des Grundstücks zur Sicherung der Erfüllung dieser Verpflichtung eine angemessene Kaution bestellen muß. Aus der Formulierung des diese Bestimmungen enthaltenden § 137 a. a. O. hat das Berufungsgericht mit Recht geschlossen, daß der Grundbesitzer, wenn er schon bei der Abtretung des Grundstücks die Bestellung der Kaution verlangen dürfe, diese jedenfalls auch später fordern könne. Ferner findet es darin, daß der Kautionsanspruch dem Grundbesitzer als solchem zugesprochen ist,

ausgedrückt, daß dieser Anspruch nicht nur von dem Grundbesitzer, welcher das Grundstück freihändig oder zwangsweise zum Bergbaubetriebe abgetreten hat, sondern auch von dessen Besitznachfolgern während der ganzen Dauer der Nutzungsentziehung geltend gemacht werden kann. Dies steht auch im Einklange mit der Bestimmung im § 141 a. a. O., in der das Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht wegen der zu Zwecken des Bergbaubetriebes veräußerten Teile von Grundstücken nicht dem Eigentümer, welcher die Teile veräußert hat, sondern ausdrücklich dem zeitigen Eigentümer des durch die ursprüngliche Veräußerung verkleinerten Grundstücks beigelegt ist. Wenn nun für die Erfüllung einer Ersatzverbindlichkeit Kaution gefordert werden darf, so muß dazu, falls dieser Punkt nicht sogleich bei der Abtretetung geregelt ist, jeder Nachfolger im Eigentum des abgetretenen Grundstücks bis zur Rückgabe des letzteren als der bei der Kautionsbestellung Interessierte legitimiert erscheinen. Denn jeder Eigentümer kann, so oft der Zeitpunkt der Rückgabe sich nicht bestimmen läßt, annehmen, daß dieser in seine Besitzzeit fallen und daß also ihm der Ersatz des Minderwertes gebühren werde. Dem Berufungsgericht muß auch darin beigetreten werden, daß der dem Besitzvorgänger des Klägers H. erwachsene Anspruch, welcher durch Vertrag nicht ausgeschlossen ist, seither existent geblieben und auf diesen Kautionsanspruch die Enteignung vom Jahre 1892 ohne Einfluß gewesen ist. Es ist nur die eine Veränderung eingetreten, daß der Titel der Benutzung der Beklagten gewechselt hat, an die Stelle der freihändigen Überlassung ist, ohne daß eine Unterbrechung der Benutzung durch Rückgabe des Grundstücks an den Kläger stattgefunden hat, im Jahre 1892 die zwangsweise getreten. Die bis dahin von der Beklagten auf Grund freihändiger Überlassung ausgeübte Benutzung ist nicht etwa, sei es infolge der Entbehrlichkeit des Grundstücks für Bergbauzwecke oder aus anderer Ursache, beendet und das Grundstück dem Kläger zurückgegeben worden, und es ist auch keine neue Besitzeinweisung der Beklagten in Ausführung des Enteignungsbeschlusses erfolgt, sondern, nachdem ihr vom Kläger das bisherige Verhältnis zum 1. Januar 1893 aufgekündigt war, hat die Beklagte dafür Sorge getragen, daß sie auf Grund des Enteignungsbeschlusses im Besitze und in der bisherigen Benutzung bleiben konnte. Dies ist in dem Enteignungsbeschlusse ausdrücklich anerkannt. Hiernach hat es sich bei der Enteignung nicht darum gehandelt, der Beklagten eine neue Benutzung zu verschaffen, sondern sie in der bereits bestehenden Benutzung zu erhalten und zu schützen. Wenn dessenungeachtet das Verlangen des Klägers auf Kautionsbestellung von den Enteignungsbehörden abgewiesen ist mit Rücksicht darauf, daß beim Enteignungsverfahren nur der derzeitige Zustand des Grundstücks zu berücksichtigen sei, dieser aber durch die fernere Benutzung des Grundstücks seitens der Beklagten keine Veränderung, das Grundstück auch keine Wertsverminderung erleide, so kann unerörtert bleiben, ob dies vom Standpunkt der Enteignung aus richtig sei. Keinesfalls kann aber in der gegenteiligen die ganze Sachlage ins Auge fassenden Beurteilung des Berufungsgerichts eine Gesetzesverletzung gefunden werden. Diese Beurteilung beruht darauf, daß die durch Verwendung des Grundstücks des Klägers zu Bergbauzwecken in den 1870er Jahren entstandene die Sicherung der dereinstigen Ausgleichung der Wertsverminderung bezweckende Kautionspflicht der Beklagten bisher nicht erledigt sei, weil das Grundstück dem Kläger nicht zurückgegeben und die Ausgleichung nicht erfolgt sei, daß deshalb die Kautionspflicht auch nach der Enteignung noch fortbestehe, bis der durch die Kaution gesicherte Anspruch befriedigt sein werde.

Nr. 2165. V. Sen. 18. November 1893. V. 172. 93. Bd. 32, Nr. 60, S. 241.

Rechtsstellung des Grundeigentümers zum Bergwerksbesitzer, der die Oberfläche des Grundstückes zu Bruche baut. Art. 126 ff. 141 des Großherzoglich Hessischen Berggesetzes vom 28. Januar 1876 (vergl. §§ 135 ff. 148 des preußischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865, Reichsgesetz vom 15. März 1881, Nr. 1). (Gem. u. preuß. R.). Der Beklagte setzt den Entschädigungsansprüchen der Kläger den Einwand entgegen, daß er die Grund-

stücke planmäßig zu Bruch baue, und glaubt hieraus ein Enteignungsrecht für sich herleiten zu können, das die Kläger hindere, im gegenwärtigen Prozesse ihre Entschädigungsansprüche zu verfolgen. Mit Recht hat der Berufungsrichter diesen Rechtsbehelf als unerheblich verworfen. Der Bergwerksbesitzer hat die ausschließliche Befugnis, unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften das in der Verleihungsurkunde benannte Material in seinem Felde aufzusuchen und zu gewinnen (Art. 43 des hessischen Berggesetzes vom 28. Januar 1876). Unter Tage darf er, soweit polizeiliche Beschränkungen nicht entgegenstehen, alle Anlagen machen, die der Betrieb erfordert, ohne daß der Grundeigentümer dem widersprechen dürfte. Etwaige Beschädigungen der Oberfläche des Grundstückes berechtigen diesen nur, vom Bergwerksbesitzer Schadensersatz zu fordern (Art. 141 a. a. O.). Dagegen giebt die bergrechtliche Verleihung dem Grubenbesitzer nicht das Recht, eigenmächtig in das Eigentum an der Erdoberfläche einzugreifen und hiervon, wenn er ihrer bedarf, den Grundeigentümer auszuschließen. Ist für den Betrieb des Bergbaues die Benutzung eines fremden Grundstücks notwendig, so muß der Grundbesitzer dies, er sei Eigentümer oder Nutzungsberechtigter, an den Bergwerksbesitzer abtreten. Dieser darf aber das Grundstück nicht eigenmächtig in Besitz nehmen, sondern hat, wenn nicht eine gütliche Einigung mit dem Grundbesitzer zu erzielen ist zuvor die Abtretung nach Vorschrift der Art. 126 ff. des Berggesetzes herbeizuführen. Bis dahin hat er sich jedes Eingriffes in das Oberflächeneigentum zu enthalten. Handelt er dem zuwider, so setzt er sich nicht nur der Eigentumsfreiheitsklage und den possessorischen Rechtsbehelfen aus, sondern er hat auch in allen Fällen dem beschädigten Grundeigentümer das volle Interesse zu ersetzen. Auch die Klage aus Art. 141 des Berggesetzes ist dem Eigentümer hier nicht zu versagen, wenn sonst deren Voraussetzungen vorliegen. Dagegen giebt das Gesetz dem Grundbesitzer nicht das Recht, den Grubenbesitzer zur Herbeiführung des Abtretungsverfahrens zu zwingen, sondern es unterliegt lediglich dem Ermessen des Bergwerksbesitzers, ob er von den ihm in den Art. 126 ff beigelegten Befugnissen Gebrauch machen will oder nicht. Die Frage, ob dem Grubenbesitzer, der planmäßig die Erdoberfläche zu Bruche baut, ein Recht, die Abtretung zu fordern, zusteht, ist im wesentlichen eine thatsächliche. Die Beantwortung hängt davon ab, ob in einem solchen Abbaue, wie beim Tagebaue, ein unmittelbarer Eingriff in das Oberflächeneigentum oder ein unterirdischer Bergbaubetrieb zu finden ist. Im vorliegenden Falle bedarf die Frage keiner Entscheidung. Außer Streit ist, daß bisher eine Grundabtretung nicht stattgehabt hat, der Beklagte vielmehr mit seinem hierauf gerichteten Antrage in allen Instanzen abgewiesen ist. Daraus ergiebt sich, daß der Beklagte den Abbau, den er selbst für einen Eingriff in das Oberflächeneigentum ansieht, erst dann beginnen durfte, wenn er entweder infolge gütlicher Einigung oder infolge Abtretungsbeschlusses das Recht zur Besitzergreifung erlangt hatte. Der Beklagte hat daher, selbst wenn man das von ihm beanspruchte Enteignungsrecht anerkennen müßte, durch den vorzeitigen Abbau rechtswidrig in das Eigentum der Kläger eingegriffen und ist ihnen deshalb zum Schadensersatz verpflichtet, gleichviel ob man die Klage als eine negatorische, eine Aquilische oder eine aus dem Art. 141 des Berggesetzes hergeleitete anzusehen hat. Steht dem Beklagten aber das Enteignungsrecht nicht zu, so regeln sich die erhobenen Ansprüche lediglich nach der zuletzt erwähnten Vorschrift. In allen Fällen ist hiernach der Beklagte verpflichtet, den durch das Zubruchebauen bewirkten Schaden den Klägern zu ersetzen. Sollte es dem Beklagten später gelingen, die Abtretung herbeizuführen, so würden dadurch die vorher entstandenen Entschädigungsforderungen nicht berührt werden. Der Schätzung ist dann der Zustand der Grundstücke zu Grunde zu legen, den sie zur Zeit der Abtretung haben werden, und die Enteignungsbehörde ist, da die Beschädigung nicht eine Folge der Abtretung ist, nicht befugt, bei Feststellung der Entschädigungssumme die frühere Entschädigung zu berücksichtigen.

Nr. 2166. V. Sen. 22. Dezember 1894. V. 234. 94. Bd. 34, Nr. 65, S. 268.

Eigene Verschuldung des Grundbesitzers gegenüber der Verpflichtung des Bergwerksbesitzers zum Schadensersatze. § 150 des Berggesetzes vom 24. Juni 1865. (Preuß. R.). Die Beklagte setzt der Klage auf Schadensersatz den Einwand entgegen, daß dem Erbauer des beschädigten Hauses (dem Wirte B.) die schon zu jener Zeit durch den Bergbau drohende Gefahr bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit nicht habe unbekannt bleiben können. Der erste Richter hat diesen Einwand durch Zwischenurteil verworfen und demnächst die Beklagte zur Zahlung von 1500 Mk. nebst fünf Prozent Zinsen seit dem Tage der Klagzustellung verurteilt, mit der Mehrforderung aber den Kläger abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten, der sich der Kläger angeschlossen hatte, hat der Berufungsrichter der Einrede stattgegeben und, unter Zurückweisung der Anschließung, die Klage gänzlich abgewiesen. Diese Entscheidung ist vom Reichsgericht gebilligt. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß ein Verschulden, das einen früheren Besitzer des beschädigten Gebäudes trifft, dem Kläger, wenn er den Entschädigungsanspruch auf ein Delikt des Bergwerksbesitzers gründet, niemals entgegengesetzt werden kann. Es kann ferner der Revision zugegeben werden, daß auch die aus dem § 148 des Allgemeinen Berggesetzes entspringende gesetzliche Obligation aktiv und passiv einen persönlichen Charakter an sich trägt und daß der Berufungsrichter fehl geht, wenn er ausführt, daß der Kläger nicht mehr Rechte haben könne, als sein Auktor besessen habe. Der Berufungsrichter übersieht hierbei, daß der beschädigte Grundbesitzer den Anspruch nicht von dem Erbauer des Hauses ableitet, sondern daß er ein Recht verfolgt, das erst mit der Beschädigung dem zeitigen Grundbesitzer persönlich erwächst. Ebenso bekämpft die Revision mit Recht die Ansicht, das Gesetz konstituiere hier eine Legalservitut zur Duldung künftiger Beschädigung. Diese Ansicht verkennt den Begriff der Servitut, die nur in Gebrauchs- und Nutzungsrechten an einer fremden Sache bestehen, niemals aber persönliche Rechte des Grundeigentümers zum Gegenstande haben kann. Dessenungeachtet ist die Entscheidung des Berufungsrichters aufrecht zu erhalten. Vor Allem spricht der Wortlaut des Gesetzes gegen die Ansicht des Klägers. Das Allgemeine Berggesetz stellt im § 148 die positiven Voraussetzungen fest, von denen es den Anspruch des Grundbesitzers auf Entschädigung abhängig macht. Der Bergwerksbesitzer soll danach verpflichtet sein, für allen Schaden, der dem Grundeigentum oder dessen Zubehörungen durch den Betrieb des Bergwerks zugefügt wird, vollständige Entschädigung zu leisten ohne Unterschied, ob der Betrieb unter dem beschädigten Grundstück stattgehabt hat oder nicht, ob die Beschädigung von dem Bergwerksbesitzer verschuldet ist, ob sie vorausgesehen werden konnte oder nicht. Dabei bleibt gänzlich außer Betracht, von welcher Person der Betrieb ausgeht; Verpflichtungsgrund ist allein die Thatsache des Betriebes des Bergwerkes, und der Eigentümer, der zur Zeit der Entstehung des Schadens im Besitze des Bergwerks ist, haftet dem Grundeigentümer für den durch den Betrieb entstandenen Schaden, gleichviel ob dieser Betrieb von ihm oder von einem seiner Besitzvorgänger ausgegangen ist. Der Gesetzgeber folgt hier, sich an die frühere Gesetzgebung anschließend, deutschrechtlichen Anschauungen, wenn er von der Person, deren Handlung die Beschädigung verursacht hat, gänzlich absieht und so das Bergwerk gewissermaßen als das beschädigende Subjekt hinstellt. — In § 150 verfährt der Gesetzgeber in ähnlicher Weise: er fügt hier für die darin vorgesehenen Fälle eine negative Voraussetzung hinzu, indem er bestimmt: „Der Bergwerksbesitzer ist nicht zum Ersatze des Schadens verpflichtet, welcher an Gebäuden oder anderen Anlagen durch den Betrieb des Bergwerks entsteht, wenn solche Anlagen zu einer Zeit errichtet worden sind, wo die denselben durch den Bergbau drohende Gefahr dem Grundbesitzer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit nicht unbekannt bleiben konnte." Der Gesetzgeber stellt hier, indem er zwischen dem Verschulden des Klägers und dem seiner Besitzvorgänger nicht unterscheidet, sondern ganz allgemein von dem Verschulden des Grundbesitzers spricht, dem Bergwerk das Grundstück gewissermaßen als Person

gegenüber; die ganze Reihe der Grundbesitzer wird von ihm wie eine Person behandelt. Für diese Auffassung spricht auch der Charakter des Rechtsinstituts und der Zweck, den der Gesetzgeber mit dessen Einführung beabsichtigt hat. Das gemeine Civilrecht giebt dem durch den Bergbau beschädigten Grundeigentümer nur dann eine Klage auf Schadensersatz, wenn die Voraussetzungen der Deliktsobligation vorliegen. Diese Regel durchbricht das Allgemeine Berggesetz, indem es den Bergwerksbesitzer kraft des Gesetzes verpflichtet, für allen Schaden, der auf den Betrieb seines Bergwerks zurückzuführen ist, dem Grundbesitzer Ersatz zu leisten. Die singuläre Vorschrift bildet ein Korrelat der Bergbaufreiheit, die den Bestimmungen des Allgemeinen Berggesetzes zu Grunde liegt. Dadurch, daß das Gesetz bestimmte Mineralien und Fossilien dem Grundeigentume, dessen Herrschaft sie ihrer Natur nach als Teile des Grundstücks unterworfen sein würden, entzieht und zum Gegenstande eines besonderen Bergwerkseigentums macht, entsteht zwischen beiden ein Widerstreit der Interessen, der durch die Gesetzgebung nach den Grundsätzen der ausgleichenden Gerechtigkeit zu lösen ist. Diesen Weg hat auch das Allgemeine Berggesetz betreten. Nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, insbesondere den Motiven, die auf die im § 20, I. 6 A.L.R. enthaltene Rechtsregel hinweisen, kann es einerseits keinem Zweifel unterliegen, daß es die Absicht des Gesetzgebers gewesen ist, den Interessen des Grundbesitzers durch Gewährung eines umfangreichen Entschädigungsanspruches gerecht zu werden, und andererseits erhellt aus den gesetzgeberischen Vorarbeiten, daß das Gesetz diesen Anspruch da hat beschränken wollen, wo er zu Härten gegen den Bergwerksbesitzer führen würde. Namentlich hat das Gesetz vermeiden wollen, daß der Bergbautreibende der Willkür des Grundbesitzers preisgegeben werde. Diesem Zwecke des Gesetzes würde es nicht entsprechen, wenn es einem Grundbesitzer, welcher unter Nichtbeachtung der durch den Bergbau drohenden Gefahr gebaut hat und der sich deshalb, wenn die Beschädigung während seiner Besitzzeit eingetreten wäre, den Einwand des eigenen Verschuldens entgegensetzen lassen müßte, frei stehen sollte, durch Veräußerung des Grundstücks dem Bergwerksbesitzer den Einwand zu entziehen und ihm zu Gunsten eines Dritten die Entschädigungspflicht aufzubürden. Nach alledem ist bei Beurteilung des aus dem § 150 a. a. O. entnommenen Einwandes davon auszugehen, daß das Gesetz in dem Verschulden, das dem Vorbesitzer des beschädigten Grundeigentümers bei Errichtung von Gebäuden oder anderen Anlagen zur Last fällt, eine rechtshindernde Thatsache erblickt, die den Entschädigungsanspruch des Klägers ausschließt.

Nr. 2167. V. Sen. 19. Januar 1895. V. 267. 94. Bd. 35, Nr. 39, S. 164.

Keine Haftung des Bergwerksbesitzers für den Schaden, der in seinem Felde, aber unter Überschreitung der Feldesgrenzen aus dem von einem Anderen geschehenen Abbau von Mineralien entstanden ist. (Preuß. R.). Der Kläger fordert auf Grund des § 148 des Allgemeinen Berggesetzes von der Beklagten Ersatz der Beschädigungen, die seine Wiese durch den in dem Grubenfelde der Beklagten betriebenen Kohlenabbau erlitten haben soll. Das Berufungsgericht hat unter Änderung des Urteils der ersten Instanz die Klage abgewiesen, weil der schädigende Abbau nicht von der Beklagten, sondern zwar in deren Felde, aber von der benachbarten Zeche W. aus ohne Wissen der Beklagten und unter Überschreitung der Feldesgrenzen geführt worden ist. Diese Entscheidung ist nicht rechtsirrtümlich, sie verletzt insbesondere nicht den § 148 des Allgemeinen Berggesetzes. Allerdings ist der Grund, aus dem nach dieser Vorschrift die Verpflichtung zur Entschädigung des dem Grundeigentümer zugefügten Schadens erwächst, allein die Thatsache des Betriebes des Bergwerks; es ist gleichgültig, zu welcher Zeit und von wem dieser Betrieb geführt worden ist, zum Schadensersatze verpflichtet ist derjenige Besitzer (Eigentümer) des Bergwerks, zu dessen Besitzzeit der Anspruch durch den Eintritt des Schadens zur Entstehung gelangt ist. Deshalb ist in der Rechtsprechung dieser Eigentümer für haftbar erklärt worden sowohl für den durch

den Bergwerksbetrieb seines Vorbesitzers entstandenen Schaden, vorausgesetzt nur, daß das schädigende Bergwerk identisch ist mit dem, dessen jetziger Eigentümer in Anspruch genommen wird, als auch für den durch den Betrieb des Pächters des Bergwerks angerichteten Schaden. Nr. 2163. Nicht minder ist der Eigentümer desjenigen Bergwerks mitverantwortlich gemacht worden, dessen früherer Betrieb den durch den späteren Betrieb eines anderen Bergwerks veranlaßten Schaden vergrößert hatte. Allein die Voraussetzung aller dieser Entscheidungen ist die, daß der Schade verursacht worden ist durch den Betrieb des Bergwerkes, dessen Eigentümer in Anspruch genommen wird, und an dieser Voraussetzung fehlt es im vorliegenden Falle. Der unbefugte Kohlenabbau von der Zeche W. aus ist, wenn er auch nach bergmännischen Regeln geführt sein und insoweit als Bergbau bezeichnet werden mag, nicht ein Betrieb des Bergwerks des Beklagten, nicht eine Ausübung des Bergeigentumes der Beklagten. Nr. 2163. Wie das Berufungsgericht feststellt, ist die Zeche W. unter Überschreitung ihrer Feldesgrenzen von einer anderen Seite als von derjenigen her, an welcher der Betrieb der Beklagten stattfand, und ohne deren Wissen in das Feld der Beklagten eingedrungen. Mag das absichtlich oder unabsichtlich (unter Verkennung der Grenze) geschehen sein; jedenfalls hat weder bei der beklagten Zeche die Absicht bestanden, durch die Zeche W. ihr, der Beklagten, Bergeigentum ausüben zu lassen, noch bei der letzteren Zeche die Absicht, dies Bergwerkseigentum auszuüben, in diesem Sinne das Bergwerk der Beklagten zu betreiben. Der Wille der letzteren kann vielmehr nur dahin gegangen sein, beim Betriebe ihres eigenen Bergwerkes Kohlen zu gewinnen an einer Stelle, wo sie, wissentlich oder ohne ihr Wissen, nicht dazu berechtigt war, aber jedenfalls ohne Rücksicht darauf, ob an dieser Stelle ein Bergeigentum eines Anderen bestand oder nicht. Die Revision, die davon ausgeht, daß der Bergwerkseigentümer für die Folgen auch eines in dieser Weise in seinem Felde betriebenen Bergbaues (Raubbaues) dem Grundeigentümer aufkommen müsse, verwechselt den Betrieb von Bergbau mit dem Betriebe eines (bestimmten) Bergwerkes als der verliehenen Berechtigung zur Vornahme von Bergbau.

Nr. 2168. V. Sen. 2. Februar 1895. V. 294. 94. Bd. 35, Nr. 41, S. 170.

Begrenzung der durch den Betrieb des Bergbaues entstehenden Schadensersatzpflicht. (Preuß. R.). Die Kläger, deren Revision zurückgewiesen ist, stützen ihren Anspruch in erster Reihe auf den § 148 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865. Mit Recht hat der Berufungsrichter diese Gesetzesbestimmung auf den vorliegenden Fall für unanwendbar erklärt. Außer Streit ist, daß der Betrieb der der Beklagten gehörigen Bergwerke die Trockenlegung des Salzigen Sees bei Oberröblingen erforderlich macht und daß die Beklagte (die Kupferschiefer bauende Mansfeldsche Gewerkschaft) zu diesem Behufe den See im Wege der Enteignung erworben hat. Auch darüber besteht kein Streit, daß die Beklagte durch den Enteignungsbeschluß verpflichtet ist, allen Gemeinden und Betrieben, die infolge der Trockenlegung des Sees das Wasser verlieren, dasjenige Trink- und Wirtschaftswasser in ausreichender Menge und zweckdienlicher Beschaffenheit zu liefern, welches nach der im Einvernehmen mit dem Oberbergamt zu treffenden Entscheidung der Landespolizeibehörde erforderlich ist, und daß die Beklagte zur Erfüllung dieser Verpflichtung den in der Klage bezeichneten Kalksteinbruch erworben und darin ein weites tiefes Brunnenloch abgeteuft hat, aus dem sie das Wasser den fremden Dörfern zuleitet. Die Kläger behaupten, daß durch diese Anlage ihren Brunnen das Wasser entzogen und der Dorfteich trocken gelegt sei, und sind der Ansicht, daß der dadurch entstandene Schade auf den Betrieb der Bergwerke der Beklagten als mittelbar wirkende Ursache zurückzuführen sei. Diese Ansicht ist irrig. Wie in dem Urteile im Falle Nr. 2170 dargelegt ist, hat man unter „Betrieb des Bergwerkes" im Sinne des § 148 des Allgemeinen Berggesetzes nur die unmittelbar auf Förderung des Materials gerichtete Thätigkeit, den Betrieb im engeren Sinne, zu verstehen, nicht aber Handlungen

und die Herrichtung von Anstalten, die notwendig geworden sind, um einen durch den Betrieb des Bergwerks hervorgerufenen Schaden auszugleichen. Ganz so liegt der zur Entscheidung stehende Fall. Die Brunnenanlage dient nicht den Interessen des Bergwerks, soll nicht, wie die Trockenlegung des Sees, die Förderung der darunter liegenden Mineralien ermöglichen, sondern ist ausschließlich dazu bestimmt, den Schaden abzuwenden, der den Anwohnern des Sees durch Wasserentziehung erwachsen ist. Der Berufungsrichter geht daher nicht fehl, wenn er unter diesen Umständen den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Bergbaubetriebe der Beklagten und der behaupteten Wasserentziehung verneint. Die Kläger machen dagegen geltend, daß die angelegte Wasserleitung als ein Hilfsbau des Bergwerks anzusehen sei und daß auch die Bergbehörde diese Auffassung teile und die Wasserleitung deshalb unter ihre Aufsicht genommen habe. Mit Recht hat der Berufungsrichter diese Ansicht verworfen. Das Berggesetz versteht unter „Hilfsbauen“ Grubenbaue, die zum vorteilhaften Betriebe des Bergwerkes im freien Felde oder im Bergfreien angelegt werden (§ 60). Sie dienen dem Betriebe im engeren Sinne, namentlich der Wasser- und Wetterlösung, Förderung, Fahrung und dergl. mehr. Wie oben bereits ausgeführt worden, steht die Brunnenanlage mit dem Bergbaubetriebe in keinem Zusammenhange und kann deshalb auch nicht als ein Hilfsbau im technischen Sinne angesehen werden. Fällt aber die Anlage nicht unter den Betrieb des Bergwerkes, so ist die Anwendung des § 148 des Berggesetzes ausgeschlossen, und es ist gleichgültig, ob die Bergbehörde die Anlage, vielleicht mit Rücksicht auf die besonderen durch die Enteignung des Sees geschaffenen Verhältnisse, im öffentlichen Interesse unter ihre Aufsicht genommen hat. Die rechtliche Natur der Wasserleitung wird dadurch nicht geändert. In zweiter Reihe gründen die Kläger ihren Anspruch auf ihr Eigentum an den Grundstücken und meinen, daß die Beklagte durch Veränderung des Grundwasserstandes unberechtigt in ihre Rechtssphäre eingegriffen habe. Auch dieser Klaggrund versagt. Vergl. das Nähere im Falle Nr. 1766.

Nr. 2169. V. Sen. 14. Dezember 1892. V. 199. 92. Bd. 30, Nr. 71, S. 241.

Verjährung des Anspruches auf Ersatz von Bergschaden gegen den Eigentümer des Bergwerkes. §§ 148, 150 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865. § 521, I. 9 A.L.R. (Preuß. R.). Die Ausführungen des Berufungsrichters betreffend den Einwand der Verjährung, den er verwirft, werden sämtlich von der Rechtsansicht beherrscht, daß dieser Einwand dem Kläger (dem Fiskus als Grundstückseigentümer) nur dann entgegenstehe, wenn das zuständige Betriebsamt in Essen und, soweit die Zeit vor dessen Errichtung in Frage kommt, die damals zur Vertretung des Fiskus berufene Provinzialbehörde von dem Vorhandensein der Beschädigung drei Jahre vor Erhebung der Klage Kenntnis gehabt habe, daß aber die Kenntnis des zuständigen Betriebsinspektors oder des Bahnmeisters dazu nicht ausreiche. Diese Rechtsansicht kann nicht gebilligt werden. Richtig ist zwar, daß die Eisenbahnbau- und Betriebsinspektionen und ihre Beamten nicht dazu berufen sind, den Eisenbahnfiskus im rechtlichen Verkehre zu vertreten, daß vielmehr die Vertretung der Vermögensinteressen des Eisenbahnfiskus früher ausschließlich den Eisenbahndirektionen und seit Erlaß der Organisationsbestimmungen vom 24. November 1879 dem Direktorium und für bestimmte darin näher bezeichnete Angelegenheiten den Betriebsämtern obliegt. Daraus läßt sich aber nicht der Satz herleiten, daß in den Fällen, wo es sich nicht um Rechtsgeschäfte handelt, sondern um bloße Wahrnehmung von Thatsachen und Ereignissen, die bestehende Rechtsverhältnisse zu beeinflussen geeignet sind, diese Wahrnehmungen erst dann rechtliche Bedeutung erlangten, wenn sie von der zur rechtsgeschäftlichen Vertretung des Fiskus bestellten Behörde gemacht sein sollten, daß aber alle Wahrnehmungen der zur Aufsicht bestellten Organe dieser Behörde bis dahin rechtlich ohne alle Bedeutung wären. Es ist davon auszugehen, daß jeder Staatsbeamte, dem von den dazu berufenen staatlichen Organen bestimmte öffentliche Funktionen übertragen sind, für die Geschäfte seines

Ressorts als Beauftragter des Staates anzusehen ist. Die Anstellung verbunden mit der Dienstinstruktion ermächtigt ihn, innerhalb des Rahmens der Instruktion die staatlichen Interessen in jeder Weise, auch nach außen hin, zu vertreten. Gehört nun zu den Funktionen des Beamten der Schutz und die Überwachung gewisser dem Staate gehöriger Gegenstände, so ist er hierfür das Organ des Staates, gewissermaßen das Auge, mit dem dieser wahrnimmt. Dies gilt nicht nur von den rein öffentlichen Angelegenheiten, sondern auch von solchen, bei denen die fiskalischen Interessen mit jenen konkurrieren. Für den vorliegenden Fall ergiebt sich hieraus, daß die Eisenbahnbeamten, die mit der Aufsicht über bestimmte Strecken des Eisenbahnkörpers beauftragt sind und über die Sicherheit des Verkehrs auf ihrer Strecke zu wachen haben, auch die privatrechtlichen Vermögensinteressen des Staates innerhalb ihres Geschäftskreises zu wahren haben und auch in dieser Beziehung als Organe des Staates anzusehen sind. Daraus folgt dann weiter, daß die Wahrnehmungen, die der Eisenbahnbetriebsinspektor oder der Bahnmeister über Beschädigungen des Bahndammes auf seiner Strecke (durch den Bergbau) macht, so anzusehen sind, als ob die Wahrnehmungen vom Staate selber gemacht wären, und daß es nicht erst eines Berichtes an das örtliche Betriebsamt bedarf, um dem Fiskus Kenntnis von dem Vorgange zu verschaffen. Der Bahnmeister, der zuerst die Wahrnehmung macht, muß freilich an seinen vorgesetzten Betriebsinspektor berichten; auch dieser darf nicht selbständig die daraus fließenden Ansprüche gegen Dritte verfolgen, sondern hat dem Betriebsamte die Entscheidung zu überlassen. Aber dies sind innere Angelegenheiten der Behörde, die das Rechtsverhältnis zu Dritten nicht berühren. Nach den Organisationsbestimmungen vom 24. November 1879 ist die Vertretung des Fiskus nur für den rechtsgeschäftlichen Verkehr und den Prozeß geregelt und sind nur die hierauf bezüglichen Funktionen den niederen Verwaltungsorganen entzogen. Im übrigen müssen die Grundsätze, die das Gesetz über die privatrechtliche Verwaltung aufstellt, wegen Gleichheit des Grundes auch auf die Amtsverwaltung Anwendung finden, wenn Vermögensstücke des Fiskus von dieser mitbetroffen werden. Durch die Vorschrift des § 521, I. 9 A.L.R. bringt das Gesetz zum Ausdruck, daß die Unkenntnis des Prinzipals von einer Verletzung seiner Rechte, die im Falle der Verpachtung präsumiert werden soll, ausgeschlossen ist, sobald die Bewirtschaftung durch einen Verwalter geschieht. Der gesetzgeberische Grund der Vorschrift liegt darin, daß der Verwalter bezüglich der custodia als Vertreter des Prinzipales anzusehen ist, daß seine Wahrnehmungen als die des Prinzipals gelten und deshalb die Nachlässigkeit, die sich der Vertreter in der Wahrnehmung der Gerechtsame seines Machtgebers zu schulden kommen läßt, diesem entgegensteht. Dabei macht es keinen Unterschied, wie weit sonst die Vertretungsbefugnisse des Verwalters gehen, namentlich ob er zur Prozeßführung oder zum Abschlusse von Rechtsgeschäften befugt ist oder nicht. Aus demselben Grunde muß auch der Fiskus im Falle der erlöschenden Verjährung die Kenntnis von Rechtsverletzungen gegen sich gelten lassen, die seine Beamten bei Ausübung ihrer Verwaltungs- und Vertretungsbefugnisse erlangt haben.

Nr. 2170. V. Sen. 8. Februar 1890. V. 270. 89. Bd. 26, Nr. 41, S. 224.

Haftung des Bergwerksbesitzers nach § 148 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865. (Preuß. R.). Die Anwendung der Vorschriften in §§ 26, 130, I. 8 A.L.R. führt zur Zurückweisung des Anspruches des Klägers (Schadloshaltung wegen Entziehung des Wassers seines Brunnens durch Anlagen der Beklagten auf ihrem Grundstück behufs Entwässerung des letzteren), weil keinem Grundeigentümer ein Recht auf die Erhaltung eines bestimmten Grundwasserstandes zusteht und von einem Untersagungsrechte des Klägers oder von einer Chikane in der Ausübung der dem benachbarten Eigentümer zustehenden Befugnisse hier keine Rede sein kann. Nr. 1769. Nr. 2116. Nr. 2118. Nr. 1766. Das Allgemeine Berggesetz hat die im § 148 angeordnete strengere Haftung des Bergwerksbesitzers auf diejenigen Anstalten und Einrichtungen beschränkt, welche

sich auf den Betrieb eines Bergwerks im engeren Sinne d. h. auf die Förderung des Materials beziehen, dagegen ist bei solchen Anstalten oder Einrichtungen, welche die Bearbeitung, Aufbewahrung, Weiterbeförderung und Verwertung des Minerals betreffen, die Schadensersatzpflicht des Bergwerksbesitzers nur den allgemeinen Grundsätzen unterworfen. Das Vorhandensein des Erfordernisses des § 148 a. a. O. ist bei der Anlage von Kohlenabfuhrwegen verneint. Dem steht nicht entgegen, daß in einem anderen Urteile des Reichsgerichts die Haftpflicht des Bergwerksbesitzers nach § 148 a. a. O. für ein durch den Brand einer Halde beschädigtes Gebäude angenommen wird; denn die Halden hängen unmittelbar mit dem Bergwerksbetriebe zusammen, weil die Herausschaffung des Minerals und die Ablagerung in der Halde zur Förderung gehört. Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um eine Handlung der Beklagten, welche in dem angegebenen Sinne als zum Betriebe des Bergwerks gehörend anzusehen ist. Der Kläger hält den § 148 dennoch für anwendbar, weil der Beklagten die Vornahme der Entwässerung durch die schädigende Anlage bei Vermeidung der Einstellung ihres Betriebes von der Bergbehörde im öffentlichen Interesse (§§ 196, 67, 70 des Allgemeinen Berggesetzes) aufgegeben sei; er führt aus, daß eine Anlage, ohne welche der Betrieb nicht fortgesetzt werden darf, zum Betriebe des Bergwerks gerechnet werden müsse. Mit Recht ist jedoch der Berufungsrichter einer solchen Ausdehnung der im § 148 gegebenen Vorschrift entgegengetreten. Die Einstellung des Betriebes ist nicht gleichbedeutend mit dem Betriebe selbst. Handlungen des Bergwerksbesitzers, welche die Einstellung verhüten sollen, können deshalb nicht als zum Betriebe gehörend bezeichnet werden. Nr. 2168.

Nr. 2171. V. Sen. 21. April 1880. V. 6. 79. Bd. 2, Nr. 59, S. 208.

Zuleitung von Grubenwasser. (Preuß. R.). Aus der im Bergwerkseigentum enthaltenen Befugnis, alle Vorrichtungen unter und über Tage zu treffen, die erforderlich sind, um das verliehene Mineral zu gewinnen (§ 54 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865), aus dem Rechte zur Anlegung von Hilfsbauten (§ 60) und aus dem Expropriationsrecht (§§ 64, 135 ff.), ergiebt sich zwar eine gesetzliche Bevorzugung des Bergwerkseigentums vor dem Grundeigentum. Diese Bevorzugung gilt aber nur in den vom Gesetze gezogenen Schranken. Auch, wenn der Bergwerkseigentümer Uferbesitzer ist, berechtigt das in den §§ 13 ff. des Gesetzes über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 einem solchen eingeräumte Benutzungsrecht an dem im Privatflusse vorhandenen Wasser ihn nicht zur Zuleitung von fremdem Wasser, insbesondere von schädlichen Grubenwässern. Dem Prinzip nach darf auch die Benutzung seitens des einen Uferbesitzers in den Rechtskreis der Benutzung des anderen Uferbesitzers, der ebenfalls reines und brauchbares Wasser zu beanspruchen hat, nicht hinübergreifen (Plenarbeschluß des vormaligen preußischen Obertribunals vom 7. Juni 1862, (Entsch. Bd. 23, S. 252, 259, 261, 263), falls nicht besondere gesetzliche Vorschriften maßgebend sind. Die Ausführung, daß die Zuleitung ohne Expropriation statthaft sei und daß der Grundeigentümer nur einen Entschädigungsanspruch habe, sich aber die, wenn auch schädliche, Zuleitung gefallen lassen müsse, ist nicht richtig. Die früheren Vorschriften über das Expropriationsrecht des Bergwerkseigentümers, insbesondere die Deklaration vom 27. Oktober 1804 sind durch das Allgemeine Berggesetz geändert. Nach diesem neuen Gesetz ist nur die Überlassung eines fremden Grundstücks zur Benutzung Gegenstand des Rechts des Bergwerkseigentümers, und nur zur Herstellung der in dem § 135 genannten bergbaulichen Anlagen kann die Abtretung verlangt werden. Eine analoge Ausdehnung ist unstatthaft. Wasserberechtigungen d. h. Wasserbenutzungsrechte unterliegen dem Expropriationsrechte nicht. Der Beklagte (Bergwerkseigentümer) kann das Benutzungsrecht an geeignet gelegenen Grundstücken erwerben, um auf denselben einen Kanal zur Ableitung der Grubenwässer anzulegen oder um zur Befreiung derselben von den schädlichen Stoffen Klärteiche oder andere Anstalten zu errichten. Selbst

die Erwerbung von Privatflüssen im Wege der Expropriation wird für zulässig erachtet. Nr. 2693. Nr. 2112.

Nr. 2172. V. Sen. 15. Dezember 1883. V. 277. 83. Bd. 11, Nr. 59, S. 266.

Entschädigungspflicht des Bergwerksbesitzers. Verzinsung. (Preuß. R.). Es kann dahingestellt bleiben, ob die vielfach vertretene Ansicht, daß der beschädigte Grundeigentümer zunächst nur befugt sei, von dem beschädigenden Bergwerksbesitzer die Wiederherstellung des früheren Zustandes „so viel als möglich" zu fordern, und daß nur, wenn diese Wiederherstellung nicht ausführbar ist, ein Anspruch auf Geldentschädigung entstehe, in den dafür in Bezug genommenen gesetzlichen Bestimmungen (§ 148 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865, §§ 79, 80, I. 6 A.L.R.) ihre Rechtfertigung findet. Die §§ 79, 80, I. 6 A.L.R. lassen sich auch so auffassen, daß sie nur den Umfang der dem Beschädiger obliegenden Verpflichtung bestimmen, zunächst Wiederherstellung des früheren Zustandes nach Möglichkeit, bezw. Geldentschädigung, ohne eine Anordnung darüber zu treffen, welcher Person die Ausführung der Wiederherstellung obliegt. Aber selbst wenn die aus der älteren Ansicht weiter gezogene Folgerung, daß der beschädigende Bergwerksbesitzer durch Anerbieten der Wiederherstellung den Geldanspruch beseitigen könne, für maßgebend anerkannt wird, ist doch festzuhalten, daß dies Anerbieten so beschaffen sein muß, daß der Grundeigentümer die ihm gebührende Wiederherstellung des früheren Zustandes mit Sicherheit innerhalb eines Zeitraumes erwarten darf, der nach vernünftigem Ermessen genügt, um die gebotenen Reparaturarbeiten ausführen zu können. Es muß aus dem Anerbieten erhellen, daß der Bergwerksbesitzer bereit und imstande ist, mit den erforderlichen Reparaturen sofort zu beginnen und dieselben ohne Unterbrechung bis zur Vollendung ordnungsmäßig fortzusetzen. Denn es folgt aus der Natur der Entschädigung, daß dem Beschädigten sofort, wenigstens in der möglichst kürzesten Frist, dasjenige wiedergewährt werden muß, was er durch die Beschädigung verloren hat. Im vorliegenden Falle hat der Berufungsrichter zu Unrecht das Anerbieten für ausreichend erachtet. Für die Verzinsung von dergleichen Entschädigungsansprüchen ist nicht der § 66, I. 16 A.L.R. maßgebend, sondern der § 71 a. a. O. Der Betrieb des Bergbaues ist keine unerlaubte Handlung. Nr. 302.

Nr. 2173. V. Sen. 10. März 1883. V. 246. 81. Bd. 8, Nr. 71, S. 283.

Entschädigungsverpflichtung mehrerer Bergwerksbesitzer. § 149 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865. (Preuß. R.). Haben nach dem Gutachten der Sachverständigen die vor dem Jahre 1870 hervorgetretenen Beschädigungen lediglich ihren Grund in dem Bergbaue von A. und hat zu ihrem Hervortreten der Bergbau von B. nicht mitgewirkt, so ist § 149 a. a. O. nicht anwendbar, weil er nur für das Zusammentreffen der beschädigenden Bergbaue in demselben Schaden Bestimmung trifft. Diesen Zusammenhang, also daß der Schaden in dem Bergbaue einer jeden in Anspruch genommenen Gewerkschaft seine beschädigende oder wenigstens seine mit beschädigende Ursache hat, muß der klagende Grundeigentümer nachweisen. Nur von einem Nachweise des Anteilsverhältnisses, in welchem der einzelne Bergbau den Schaden mit verursacht hat, ist er befreit. Hat er bewiesen, daß jeder Bergbau den Schaden mit verursacht hat, so sind ihm die mehreren Bergbauenden zu gleichen Teilen zum Ersatze verpflichtet. Der Nachweis eines anderen Teilnahmeverhältnisses ist ihnen gegenüber dem Grundeigentümer versagt und nur unter sich im Regreßwege gestattet.

Nr. 2174. V. Sen. 5. Juni 1884. V. 29. 84. Bd. 11, Nr. 77, S. 334.

Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit. § 150 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865. (Preuß. R.). Der Ausdruck in § 150 des Allgemeinen Berggesetzes „Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit" ist gleichbedeutend mit „Vermeidung eines groben Versehens".

Nr. 2175. V. Sen. 11. November 1891. V. 166. 91. Bd. 28, Nr. 75, S. 341.

Einrede des Bergwerksbesitzers gegen die Klage auf Ersatz des einer öffentlichen Verkehrsanstalt durch den Bergbau zugefügten Schadens, daß bei Errichtung der Anstalt die ihr durch den Bergbau drohende Gefahr vorausgesehen werden konnte. §§ 150, 153 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865. (Preuß. R.). Der Berufungsrichter hat den auf § 150 des Allgemeinen Berggesetzes gestützten Einwand in erster Linie aus dem Grunde verworfen, weil dieser Paragraph im Falle der Beschädigung einer öffentlichen Verkehrsanstalt durch den Bergbau (hier durch Bodensenkungen der Geleise und anderer dem Eisenbahnbetriebe dienender Anlagen an verschiedenen Stellen) „grundsätzlich“ ausgeschlossen sei. Dieser Satz ist in der aus dem folgenden sich ergebenden Begrenzung für richtig anzuerkennen und seine Anwendung auf das hier festgestellte Sachverhältnis gerechtfertigt. Er gründet sich wesentlich auf die Annahme einer gesetzlichen Beschränkung des Bergwerkseigentums zu Gunsten des öffentlichen Verkehres, welche in dem „von dem Verhältnisse des Bergbaues zu öffentlichen Verkehrsanstalten“ handelnden Abschnitte des Allgemeinen Berggesetzes (§§ 153 ff.) zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen sei, aber sich mit Notwendigkeit aus den Vorschriften dieses Abschnittes ergebe. Diese Auffassung steht mit der geschichtlichen Rechtsentwickelung im Einklange. Nach dem A.L.R. war das Bergwerkseigentum durch das sogen. Direktionsprinzip eingeschränkt (§ 82, II. 16 A.L.R.). Danach lag es in der Hand der Bergbehörde, eine Kollision zwischen dem Bergbau und den öffentlichen Verkehrsanstalten zu verhindern. Durch das Gesetz vom 21. Mai 1860 wurde das Direktionsprinzip eingeschränkt, ausdrücklich aber aufrechterhalten, soweit es zur Wahrung der Sicherheit der Oberfläche im Interesse des Privat- und öffentlichen Verkehres notwendig ist. Unter der Herrschaft dieser Gesetze kam die Frage zur Erörterung und Entscheidung, ob dem Bergwerksbesitzer für die ihm im Einzelfalle zum Schutz einer Eisenbahn bergpolizeilich auferlegten Beschränkungen eine Entschädigung gebühre. Die Frage wurde mit überwiegender Mehrheit verneint, weil es sich nicht um einen polizeilichen Eingriff in das Eigentum, sondern um eine gesetzliche Einschränkung desselben im Sinne der §§ 1, 2, I. 22 A.L.R. handle. Auf dem gleichen Standpunkte steht das Allgemeine Berggesetz. Der amtlich veröffentlichte Entwurf von 1862 enthielt noch keine besonderen Vorschriften über das Verhältnis des Bergbaues zu den öffentlichen Verkehrsanstalten. Die Aufnahme solcher Vorschriften in den Entwurf von 1865 (§§ 153 bis 155) wurde durch die dem Bergbau ungünstige Rechtsprechung veranlaßt und bezweckte die Ausgleichung der Interessen des Bergbaues und des öffentlichen Verkehrs nach den Grundsätzen der Billigkeit. Danach wurde dem Bergbautreibenden gegen den Unternehmer einer öffentlichen Verkehrsanstalt ein Anspruch auf Schadensersatz, jedoch nur insoweit gewährt, als entweder die Herstellung sonst nicht erforderlicher Anlagen in dem Bergwerke oder die sonst nicht erforderliche Beseitigung oder Veränderung bereits in dem Bergwerke vorhandener Anlagen notwendig wird. Diese Vorschrift ist, unter Beschränkung auf den früher, d. h. vor Genehmigung der öffentlichen Verkehrsanlage, berechtigten Bergbautreibenden, in das Gesetz übergegangen. Sie setzt voraus und giebt durch die Beschränkung des Entschädigungsanspruches auf den von dem Bergbautreibenden im Interesse der Verkehrsanstalt zu machenden Aufwand deutlich zu erkennen, daß der Bergbautreibende in Ausübung seines Rechts vor den kollidierenden Interessen der Verkehrsanstalten zurücktreten muß, nicht auf Grund polizeilichen Eingreifens im Einzelfalle, sondern vermöge einer gesetzlichen Beschränkung des Bergwerkseigentums und der entsprechenden dem Bergbautreibenden obliegenden gesetzlichen Verpflichtung, die zur Sicherung der öffentlichen Verkehrsanstalten gegen die Einwirkungen des Bergbaues erforderlichen Vorkehrungen gemäß den Anordnungen der Bergbehörde (§ 196 a. a. O.) zu treffen. Stellt sich danach schon der im § 154 dem Bergbauenden in beschränktem Umfange gegebene Entschädigungsanspruch als eine auf Billigkeitsgründen beruhende Milderung der aus der Beschränkung des Bergbaues zu

Gunsten des öffentlichen Verkehres dem ersteren erwachsenden Nachteile dar, so soll dem gleichen Zwecke im Sinne der Vorbeugung der aus dem Herrenhause hervorgegangene zweite Absatz des § 153 dienen, wonach vor Feststellung der den im Abs. 1 bezeichneten öffentlichen Verkehrsanlagen zu gebenden Richtung die beteiligten Bergwerksbesitzer zu hören sind. Endlich findet aber auch die den Abschnitt 3 Tit. 5 einleitende Vorschrift in § 153 des Entwurfes, jetzt Abs. 1 desselben, ihre Erklärung allein durch die Voraussetzung einer aus der staatlichen Konzession der betreffenden Verkehrsanstalt den beteiligten Bergbautreibenden kraft des Gesetzes erwachsenden Beschränkung und entsprechenden Verpflichtung. Besteht aber eine gesetzliche Beschränkung des Bergwerkseigentums zu Gunsten der öffentlichen Verkehrsanstalten dergestalt, daß diese durch den Bergbaubetrieb nicht gefährdet werden dürfen, so ist auch in Ansehung der gesetzlichen Entschädigungspflicht des Bergwerksbesitzers (§ 148 des Allgemeinen Berggesetzes) die Stellung des Letzteren gegenüber den öffentlichen Verkehrsanstalten wesentlich verschieden von seiner Stellung zum Grundeigentum überhaupt. Während bei der Kollision des Bergwerkseigentums mit dem Grundeigentum sich das erstere als das stärkere erweist, dergestalt daß der Bergwerksbesitzer bei Ausübung seines Rechts keine Rücksicht auf eine mögliche Beschädigung des Grundeigentums durch den unterirdischen Betrieb zu nehmen und nur die Verpflichtung zur Entschädigung hat, der Grundeigentümer also auf eine Schonung seiner Anlagen nicht rechnen darf und demgemäß fahrlässig handelt, wenn er bei Errichtung von Gebäuden und anderen Anlagen die diesen durch den Bergbau, wenn auch erst in Zukunft, drohende Gefahr außer acht läßt, so dreht sich bezüglich der öffentlichen Verkehrsanstalten das Verhältnis um; nicht diese haben dem Bergbau, sondern dieser hat jenen zu weichen. Von diesem Gesichtspunkte erweist sich jede Beschädigung einer öffentlichen Verkehrsanstalt durch den nach deren Genehmigung und Errichtung fortgesetzten Bergbau, auch wenn ein Verschulden des Bergbauenden nicht vorliegt, als eine (im letzteren Falle wenigstens objektive) Rechtsüberschreitung, wodurch die allgemeine Entschädigungspflicht des Bergwerksbesitzers für Beschädigung des Grundeigenntumes (§ 148) dergestalt modifiziert wird, daß für die Annahme eines konkurrierenden Versehens des Beschädigten im Sinne des § 150 a. a. O. kein Raum bleibt. Der nach Ausführung einer unter § 153 a. a. O. fallenden Eisenbahn unter dieser betriebene Bergbau geschieht infolge des der öffentlichen Anlage gebührenden Schutzes lediglich auf die Gefahr des Bergbautreibenden.

Nr. 2176. V. Sen. 9. Juli 1881. V. 656. 80. Bd. 5, Nr. 72, S. 266.

Entschädigungsanspruch des Bergbautreibenden gegen den Unternehmer einer öffentlichen Verkehrsanstalt. §§ 153—155 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865. (Preuß. R.). Der früher berechtigte Bergbautreibende hat gegen den Unternehmer einer erst später genehmigten öffentlichen Verkehrsanstalt nach § 154 a. a. O. einen Entschädigungsanspruch nur in betreff der Veränderungen und neuen Anlagen, die er herstellen muß, um für die Sicherheit der Verkehrsanstalt in deren Interesse zu sorgen, dagegen ist eine Entschädigung zu versagen, die für Anlagen oder deren Veränderung beansprucht wird, welche nur zum Zwecke des Fortbetriebes des Bergwerks nötig sind. Denn gegen die Gewährung von entgangenem Gewinn haben sich sämtliche Faktoren der Gesetzgebung ausgesprochen und die Kosten für die hier fraglichen Anlagen sind eine Schmälerung des erstrebten Gewinnes. Der Anspruch des Klägers (Bergbautreibenden) ist aber auch mit den Rechten nicht zu vereinigen, die der Beklagten (Eisenbahngesellschaft) als Grundeigentümerin zustehen. Ungeachtet des umgehenden Bergbaues ist der Grundeigentümer befugt, auf seinem Grundstücke Anlagen der verschiedensten Art zu machen, also auch Eisenbahnen darüber zu legen. Wird eine solche Anlage durch den Bergwerksbetrieb beschädigt, so ist der Bergwerkseigentümer zur vollständigen Entschädigung verpflichtet (§ 148 a. a. O.), und diese muß zunächst durch Wiederherstellung des früheren Zustandes gewährt werden (§§ 7, 79 I. 6 A.L.R.),

soweit dies mit dem Fortbetriebe des Bergbaues vereinbar und nicht mit unverhältnismäßigen Kosten verknüpft ist. Anderenfalls gebührt dem Grundbesitzer eine Entschädigung. Ist nun durch die Anlagen des Klägers der Eintritt des Schadens verhindert, so ist nicht erfindlich, wie derselbe Ersatz der ihm aus jenen Anlagen erwachsenen Kosten beanspruchen kann.

Nr. 2177. V. Sen. 26. Oktober 1892. V. 143. 92. Bd. 30, Nr. 62, S. 208.

Beginn des Rechts und der Pflicht eines Bergwerkes, dem Knappschaftsverein beizutreten, in dessen Bezirke es liegt. (Preuß. R.). Die in § 168 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 in Bezug genommenen Bestimmungen des Statutes kommen in erster Linie nicht in Betracht, weil das Statut nur diejenigen verbinden kann, die dem Vereine beigetreten oder nach dem Gesetze beizutreten verpflichtet sind. Das Statut regelt die Rechte und Pflichten der Vereinsgenossen, insbesondere deren Beitragspflicht, die hiervon zu unterscheidende Beitrittspflicht aber gründet sich lediglich auf den angeführten § 168. Es fragt sich nun für den vorliegenden Fall, ob die gesetzliche Verpflichtung, dem Knappschaftsverein beizutreten, für die in dessen Bezirke belegenen Bergwerke schon mit deren Verleihung oder erst mit der Inbetriebsetzung existent und zu erfüllen ist. Die Kommentatoren des Allgemeinen Berggesetzes sind hierüber verschiedener Meinung. Gegenüber der auf den Wortlaut gestützten Auslegung des § 168 ist der Auslegung der Vorzug zu geben, welche sinngemäß der Berufungsrichter gleich dem ersten Richter dem § 168 dahin gegeben hat, daß die Aufführung der zum Beitritte berechtigten und verpflichteten Anstalten (Bergwerke, Aufbereitungsanstalten und Salinen) ihre nähere Bestimmung durch die darauf folgenden Worte „und die auf denselben beschäftigten Arbeiter" erhält und demgemäß speziell unter den Bergwerken in diesem Paragraphen nur solche verstanden werden können, auf denen Arbeiter beschäftigt sind. Vergl. §§ 22, 26, 165—186 des Allgemeinen Berggesetzes. §§ 1, 3 des Gesetzes betreffend die Vereinigung der Berg-, Hütten- u. s. w. Arbeiter in Knappschaften vom 10. April 1854.

Nr. 2178. V. Sen. 4. November 1882. V. 528. 82. Bd. 8, Nr. 56, S. 220.

Anspruch des Freikuxberechtigten auf den Ausbeuteanteil an einem Bergwerke als Interesseforderung. § 224 des preußischen Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865, §§ 299—306, II. 16 A.L.R. § 260 C.P.O. (Reichs- und preuß. R.). Dem Kläger gehören als Eigentümer des Fundgrubenterrains zwei Freikuxe von dem Bergwerke S. Die beklagte Gewerkschaft hat ihm als seinen Anteil an dem Ertrage des Bergwerkes eine Geldsumme ausgezahlt, bei deren Berechnung die sogen. Grubentaxe zum Grunde gelegt ist, die das zuständige Oberbergamt alljährlich zu dem Behufe aufnimmt, um die Bergwerkssteuer und die Beiträge zu dem Freikuxgelderfonds festzustellen. Der Kläger glaubt Anspruch auf den viel höheren Ausbeuteanteil zu haben, der den Eigentümern der gewerkschaftlichen Kuxe gewährt worden ist. Er hat in einem Vorprozesse ein Erkenntnis erstritten, wodurch die Beklagte verurteilt ist, über die erzielte Verlagserstattung und Ausbeute Rechnung zu legen. Die Rechte aus diesem Erkenntnisse hat der Kläger nicht weiter verfolgt; er hat gegenwärtig selbst eine Rechnung über den ihm gebührenden Ausbeuteanteil aufgestellt und den sich ergebenden Betrag nach Abrechnung der von der Beklagten erhaltenen Summe eingeklagt. Die beiden ersten Richter haben nach erfolgter Beweisaufnahme einen gewissen Betrag unter Berufung auf § 260 C.P.O. als die dem Kläger gebührende Entschädigung festgesetzt und die Beklagte zu dessen Zahlung verurteilt. Das Urteil ist aufgehoben. Die Freikuxberechtigten sind nicht Miteigentümer am Bergwerke, vielmehr steht ihnen „nur eine Realberechtigung auf den durch die bisherige Gesetze bestimmten Ausbeuteanteil an dem Bergwerke" zu (§ 224 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865). Unter Ausbeute ist der Überschuß zu verstehen, der von dem Ertrage eines Bergwerkes nach

Zurückerstattung sämtlicher Zubußen, nach Tilgung der von der Gewerkschaft zum Betriebe aufgenommenen Schulden sowie nach Abzug der für die nächste Zeit zum Betriebe erforderlichen Kosten übrigbleibt. Diese aus dem Gesetze sich ergebenden Merkmale des Begriffes der Ausbeute sind auch in dem Falle festzuhalten, wenn nach den Anordnungen der maßgebenden Gewerkschaftsorgane die ausgewonnenen Bergwerksprodukte nicht für Rechnung der Gewerkschaft verkauft, sondern unter die Gewerke in Natur verteilt werden, und es wird unter Ausbeute alsdann diejenige Quantität Mineralien zu verstehen sein, welche übrigbleibt, wenn von der gesamten Förderung so viel Mineralien abgezogen werden, als erforderlich sind, um mit ihrem Werte die frühere Zubuße, die Gesellschaftsschulden und die Kosten für den nächsten bevorstehenden Betrieb zu decken. Von dieser Ausbeute, sie mag nun in Geld oder in Bergwerksprodukten bestehen, gebührt den Freikuxberechtigten ein ihrem Anteilsrechte entsprechender Betrag. Ein Miteigentum an den Mineralien steht ihnen in keinem Falle zu. Kann nun aber auch diese Annahme des Berufungsrichters nicht gebilligt werden, so ist doch seiner ferneren Ausführung insoweit beizutreten, als er den Anspruch des Klägers nach dem Reinertrage des Bergwerks bemißt. Denn dieser nach bergrechtlichen Grundsätzen zu ermittelnde Reinertrag entspricht der Ausbeute. Unrichtig aber ist es, daß der Berufungsrichter bei der Ermittelung dieses Reinertrages und des dem Kläger gebührenden Geldbetrages die Beweisregeln des § 260 C.P.O. zur Anwendung bringt. Um den Ersatz eines Schadens oder um die Feststellung eines Interesses handelt es sich gegenwärtig nicht. Die Feststellung der Ausbeute ist eine Rechnungsoperation. Unzulässig ist es, bei der gegenwärtig vorliegenden Geldforderung, die sich als das Endergebnis bestimmter fest stehender oder noch festzustellender Einnahme- und Ausgabeposten herausstellt, also auf ganz bestimmten Rechnungsfaktoren beruht, über alle diese Einzelheiten wegzugehen und eine Schätzung des zuzuerkennenden Geldbetrages „unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung“ gemäß § 260 C.P.O. vorzunehmen. So umfangreich auch die Befugnisse des Richters bei Beurteilung des Vorhandenseins eines Schadens, der Höhe desselben und eines zu ersetzenden Interesses haben bemessen werden sollen, so ist doch die im § 260 a. a. O. enthaltene Ausnahme von der im § 259 a. a. O. aufgestellten Regel für die Beurteilung des Beweises über die Voraussetzungen des § 260, Schadens- und Interesseforderung, nicht auszudehnen. Nr. 2179. Nr. 2180.

Nr. 2179. V. Sen. 12. November 1884. V. 270. 84. Bd. 12, Nr. 66, S. 268.

Recht des Freikuxberechtigten an der Ausbeute des Bergwerks. (Preuß. R.). Wenn nach der von der beklagten Gewerkschaft eingeführten Verwaltung die Ausbeute in Natur verteilt wird, so besteht die Realberechtigung, welche die früheren Gesetze und die deklaratorische Bestimmung in § 224 Abs. 2 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1864 dem Grundkuxberechtigten gewähren, in einem Anspruche auf einen verhältnismäßigen Anteil an den durch den Bergbau gewonnenen Produkten, belastet mit der Verpflichtung zur anteilsweisen Erstattung der Gewinnungskosten. Nr. 2178. Die Verteilung der Mineralien unter die Gewerken geschieht, nachdem sie zuvor in der auf der Grube befindlichen, von den Gewerken erbauten Aufbereitungsanstalt (Wäsche) auf mechanischem Wege zermalmt, gewaschen und gereinigt worden sind. Die Beklagte befindet sich beim Betriebe dieser Aufbereitungsanstalt in der Ausübung ihres Bergwerkseigentums und die hierbei gewonnenen Erze sind erst diejenigen bergbaulichen Erzeugnisse, auf welche der freikuxberechtigte Kläger ein anteiliges Recht hat. Die Werbungskosten fallen ihm anteilig zur Last (vergl. §§ 122, 277, 304, 305, II. 16 A.L.R.). Die Beklagte ist daher im Unrecht, wenn sie dem Kläger die auf seine Freikuxe fallenden Mineralien nur in rohem Zustande und unaufbereitet, so wie sie aus der Grube gefördert werden, verabfolgen will.

Nr. 2180. V. Sen. 18. Februar 1893. V. 271. 92. Bd. 30, Nr. 86, S. 296.

Anspruch des Freikuxberechtigten auf Rechnungslegung gegen den Bergwerkseigentümer. § 224 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865. (Preuß. R.). Zwar hat das vormalige preußische Obertribunal den Anspruch der Freikuxberechtigten auf Rechnungslegung grundsätzlich verneint; diese Entscheidung ist aber unter Offenlassung der Frage, ob der Freikuxberechtigte als Miteigentümer des Werkes oder nur als Realberechtigter anzusehen, lediglich darauf gestützt, daß er nach § 5 des damals geltenden Gesetzes vom 12. Mai 1851 bei der Leitung des Betriebes nicht mitzusprechen hatte. Wenn nun auch, solange die landrechtliche Vorschrift galt, wonach die Bestimmung der Ausbeute von der Beurteilung des Bergamts abhing (§ 300, II. 16 A.L.R.), von einem im Rechtswege zu verfolgenden Anspruche des Freikuxberechtigten auf Ermittelung der Ausbeute überhaupt nicht die Rede sein konnte, so kann doch nach Fortfall der Feststellung durch die Aufsichtsbehörde der Freikuxberechtigte in der Geltendmachung seines Rechtes auf einen Anteil an der Ausbeute nicht darum beschränkt werden, weil er bei der Beschlußfassung in Betriebsangelegenheiten kein Stimmrecht hat. Dagegen ist es für den Inhalt und den Umfang der Freikuxberechtigung allerdings von wesentlicher Bedeutung, ob der Freikuxberechtigte als Miteigentümer oder als Realberechtigter anzusehen ist. Diese bis dahin streitige Frage ist durch § 224 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 mit der Kraft einer authentischen Deklaration dahin entschieden, daß den Freikuxen eine Realberechtigung auf den durch die bisherigen Gesetze bestimmten Ausbeuteanteil zusteht. Das Obertribunal ist denn auch von seiner früheren Ansicht abgegangen. Die neuere Ansicht, wonach der Anspruch des Freikuxberechtigten auf Rechnungslegung grundsätzlich anerkannt wird, liegt auch dem Urteile im Falle Nr. 2178 zu Grunde, wo allerdings der Anspruch auf Rechnungslegung nicht den Gegenstand der Entscheidung bildete. Die Ausführung der Revision, daß die Änderung nicht die Folge haben könne, daß dem Verpflichteten eine in dem neueren Gesetze nicht ausdrücklich vorgeschriebene Auflage gemacht werde, kann nicht für durchgreifend erachtet werden. Während nach dem landrechtlichen Bergrecht die Bestimmung des Ausbeuteanteils sowohl für die Gewerken als auch für die Freikuxberechtigten dem Bergamt zustand, mußte nach Fortfall dieser Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde den Berechtigten, wenn anders sie ihr Recht überhaupt ausüben sollten, ein anderer Weg zu dessen Geltendmachung gegeben werden (§ 89 Einl. A.L.R.). Bezüglich der Freikuxberechtigten enthält weder das Gesetz vom 12. Mai 1851 noch das Allgemeine Berggesetz nähere Bestimmungen. Die Entscheidung über die ihnen zustehenden Mittel und Wege mußte deshalb aus dem Begriffe der Freikuxberechtigung gefunden werden. Da nun dieser durch § 224 des Allgemeinen Berggesetzes nicht neu geschaffen, sondern authentisch deklariert ist, so müssen auch die aus ihm zu ziehenden Folgerungen ohne weiteres auf das schon vorher begründete Freikuxverhältnis Anwendung finden. Gerade der Umstand aber, daß dem Freikuxberechtigten einerseits ein selbständiger Anspruch auf einen Ausbeuteanteil gegen den Bergwerkseigentümer zusteht, daß er andererseits weder Miteigentümer ist noch irgendwie bei der Geschäftsführung mit zu wirken befugt ist, nötigt dazu, ihm den Anspruch auf Rechnungslegung einzuräumen. Nur der Bergwerkseigentümer, sei es ein Einzelner, eine Gewerkschaft oder eine Aktiengesellschaft, verfügt über die thatsächlichen Unterlagen für die Berechnung der Ausbeute. Ohne Kenntnis dieser Unterlagen ist der Freikuxberechtigte außer stande, seinen Anspruch auf Ausbeute im Wege der Klage geltend zu machen. Es muß deshalb bei der Ansicht verblieben werden, daß dem Freikuxberechtigten ein Anspruch auf Rechnungslegung zusteht, ein Anspruch, der auf demselben inneren Grunde beruht wie die Vorschrift des § 219, I. 17 A.L.R., wonach der Gesellschafter, der die Führung von Geschäften für die Gesellschaft übernommen hat, den Genossen zur Rechnungslegung verpflichtet ist. Nr. 1056.

---

§ 91.
Gemeinheitsteilungen. Ablösungen.
E.G. Art. 113.

Stobbe I. § 56. II. §§ 103, 136 Nr. IV. Dernburg I. §§ 207—214.

Nr. 2181. III. Sen. 14. Dezember 1883. III. 274. 83. Bd. 11, Nr. 53, S. 250.

Auseinandersetzungsverfahren. Hypothekbestellung. (Preuß. R.). Der im Grundbuche eingetragene Eigentümer eines Grundstückes, welches zu einer Gemarkung gehört, die sich im Auseinandersetzungsverfahren befindet, ist nach Ausführung des endgültig festgestellten Auseinandersetzungsplanes noch vor Berichtigung des Grundbuches befugt, eine Hypothek an dem im Grundbuche eingetragenen Grundstücke zu bestellen. Nach § 147 der Gemeinheitsteilungsordnung vom 7. Juni 1821 bezw. §§ 10, 25 der Verordnung betreffend die Ablösung u. s. w. für das vormalige Kurfürstentum Hessen vom 13. Mai 1867 repräsentiert das im Grundbuche eingetragene zur Separation eingeworfene Grundstück das im Auseinandersetzungsverfahren ausgewiesene Grundstück so lange, bis die Berichtigung des Grundbuches stattgefunden hat. Dieser Rechtszustand ist durch die Bestimmung des § 1 des Gesetzes betreffend die Berichtigung des Grundsteuerkatasters und der Grundbücher u. s. w. vom 26. Juni 1875 nicht geändert worden. Wenn auch der Eigentümer des in die Separationsmasse eingeworfenen Grundstückes mit dem Erwerbe des Eigentums des an dessen Stelle tretenden Abfindungsplanes aufhört, wirklicher Eigentümer jenes auf dem betreffenden Folium im Grundbuche bezeichneten Grundstückes zu sein, so repräsentiert doch, da das Abfindungsstück das Surrogat für das letztere bildet, und zwar in allen rechtlichen Beziehungen, das im Grundbuche eingetragene Grundstück den neuen Abfindungsplan bis dahin, daß eine Berichtigung des Grundbuches stattgefunden hat und damit das Eigentum an dem Abfindungsplane zur vollen Geltung gelangt ist.

Nr. 2182. II. Hilfs-Sen. 12. Juli 1880. Va. 388. 79. Bd. 2, Nr. 84, S. 323.

Eigentumsübergang durch Umtausch bei der Separation. § 147 der Gemeinheitsteilungsordnung vom 7. Juni 1821. §§ 2—4, I. 16 A.L.R. (Preuß. R.). Bei der Separation hat A. die Parzelle 10 in die gemeinschaftliche Masse eingeworfen, wofür ihm als Abfindung die Parzelle 20 zugewiesen ist. Der bereits in den Jahren 1863 und 1865 ausgeführte Separationsrezeß ist im Jahre 1874 bestätigt worden. B. hat im Jahre 1866 die Parzelle 10 von C. gekauft, an den vorher A. dieselbe verkauft hatte, und im Jahre 1876 hat er von dem bis dahin noch als Eigentümer eingetragenen A. die Auflassung der Parzelle 10 erlangt, als deren Eigentümer er sodann eingetragen ist. Auf Grund des Separationsrezesses ist hierauf im Grundbuche vermerkt, daß B. durch jenen Rezeß die Parzelle 20 anstatt der Parzelle 10 erworben habe. Im Besitze der Parzelle 20 befindet sich aber D., der dieselbe im Jahre 1866 von C. gekauft haben will. B. klagt gegen D. auf Herausgabe der Parzelle 20 ohne Erfolg. Für den Eigentümer der eingeworfenen Parzelle ist die Abfindung nur insofern ein Surrogat, als er das Eigentum ohne weiteres durch die Zuweisung erhält, während er das Eigentum an dem eingeworfenen Grundstücke mit der Einwerfung verloren hat. Es findet also ein durch das Gesetz bestimmter Umtausch statt. Das erworbene Grundstück ist an sich eine andere Sache als das eingeworfene. Letzteres ist als besondere Sache bei der Separation in Folge der Einwerfung untergegangen. Diese Rechtsfolgen entsprechen den §§ 2—4, I. 6 A.L.R. Veräußert daher der Abgefundene die eingeworfene Parzelle nachher, so veräußert er eine Sache, welche nicht mehr existiert, ihm nicht mehr gehört. Um so mehr gilt dies bei der streng formalen Natur der auf dem strengsten Spezialitätsprinzip beruhenden Auflassung. Steht die eingeworfene Parzelle

noch auf seinen Namen eingetragen, so betrifft die Auflassung und die Eintragung des neuen Eigentümers nur dieses. Existiert nun infolge der neuen Planlegung das eingetragene Grundstück nicht mehr, so ist die Auflassung gegenstandslos. Das Abfindungsgrundstück aber ist nicht aufgelassen, der Erwerber ist nicht als Eigentümer dieses Grundstücks eingetragen. Im vorliegenden Falle hat der Kläger daher durch die Auflassung und seine Eintragung als Eigentümer der Parzelle 10 nicht das Eigentum an der streitigen Parzelle 20 erworben. Die Beurkundung im Grundbuche auf Grund des Rezesses ist insofern eine unrichtige, als nicht Kläger durch den Rezeß Eigentümer des streitigen Grundstücks geworden ist, sondern A., von dem der Kläger mittelbar seine Rechte herleitet. Der Kläger kann diese unrichtige Beurkundung zum Beweise seines Rechts am Grundstücke, seines Eigentums, nicht benutzen. Nr. 1785.

Nr. 2183. V. Sen. 9. Januar 1889. V. 259. 88. Bd. 22, Nr. 68, S. 361.

Rechtsweg bei Anfechtung eines Rezesses in Auseinandersetzungssachen wegen Irrtums oder fehlender Legitimation einer Rezeßpartei. (Preuß. R.). Nach den Prozeßvorschriften, welche vor Erlaß des preußischen Gesetzes vom 18. Februar 1880 gegolten haben, läßt sich die Zuständigkeit des ordentlichen Richters zur Entscheidung des vorliegenden Streitfalles, in welchem der Kläger seinen Anspruch darauf stützt, daß bei Abschluß des von der Generalkommission bestätigten Rezesses weder die Kompatronen noch der damalige Organist zugezogen worden seien und daß die beim Rezeßabschlusse anwesenden Kirchenvorsteher sich in mehrfacher Beziehung in einem wesentlichen Irrtum befunden haben, so daß der Rezeß nicht in rechtsverbindlicher Weise zustande gekommen sei, nicht bezweifeln. Durch das Gesetz vom 18. Februar 1880 ist eine Änderung des früheren Rechtszustandes nicht herbeigeführt worden. Die Vorschriften über Anfechtung rechtskräftiger Erkenntnisse durch die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage (§ 82 a. a. O.) gestatten nicht eine ausdehnende Anwendung auf bestätigte Rezesse. Rezesse haben zwar in betreff der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, nicht jedoch in allen sonstigen Beziehungen die Eigenschaft von Erkenntnissen. Auch § 84 Abs. 2 a. a. O. bezieht sich nicht auf Klagen vorliegender Art. Nr. 4376.

Nr. 2184. III. Sen. 4. Dezember 1896. III. 197. 96. Bd. 38, Nr. 78, S. 290.

Voraussetzungen des Anspruches auf Regulierung gutsherrlicher und bäuerlicher Rechte in Neuvorpommern und Rügen. (Preuß. R.). Die Klage ist auf das den dritten Abschnitt des preußischen Gesetzes vom 2. März 1850 in Neuvorpommern und Rügen einführende preußische Gesetz vom 12. Juni 1892 gestützt. In der ersten Instanz ist der auf „die Regulierung des Bauerhofes Vogtey behufs Eigentumsverleihung“ gerichtete Antrag des Klägers abgewiesen, weil der Bauerhof zur Zeit seiner Räumung durch die Witwe D. nicht mehr eine nach § 74 des Gesetzes vom 2. März 1850 regulierungsfähige Stelle gewesen sei. Auch das die Berufung des Klägers zurückweisende Berufungsgericht hält diesen Grund für durchschlagend, hat aber daneben für die Abweisung der Klage den zweiten selbständigen Grund gegeben, daß jedenfalls am 1. Januar 1892 die Regulierungsfähigkeit der Stelle nicht mehr bestanden habe. Da dieser zweite Grund gebilligt werden muß, so bedarf es der Prüfung des ersten nicht. Daß nach dem Abs. 1 des § 3 des Gesetzes vom 12. Juni 1892 in Verbindung mit dem eingeführten § 74 des Gesetzes vom 2. März 1850 der Anspruch auf Regulierung an sich nur dann begründet ist, wenn das Bauergut am 1. Januar 1892 noch regulierungsfähig war, kann nicht zweifelhaft sein und ebensowenig, daß der Inhaber der Stelle reiner Zeitpächter ist, daher an sich die objektive Regulierungsfähigkeit am 1. Januar 1892 nicht mehr bestand. Es kann sich also nur fragen, ob die in Abs. 2—4 des § 3 hinzugefügten Einschränkungen und Ausnahmen zu einem dem Kläger günstigeren Resultate führen. Beide Vorinstanzen beziehen den Abs. 2 nur auf die subjektive Regulierungsfähigkeit, so daß er im Falle des Vorhandenseins der objektiven

Regulierungsfähigkeit am 1. Januar 1892 nur über die Kollision des Besitzers von 1892, der also an sich regulierungsberechtigt sein würde, mit dem gegen Vorbehalt ermittierten Besitzer von 1854 entscheide. Die Revision giebt zwar zu, daß sich der Wortlaut des Absatzes nur auf diesen Kollisionsfall beziehe, meint aber, daß damit zugleich dem Besitzer von 1854 allgemein ein Regulierungsanspruch habe gewährt werden sollen, also auch für den Fall, daß am 1. Januar 1892 ein an sich regulierungsberechtigter Besitzer der Stelle nicht vorhanden sein sollte. Diese Ansicht kann jedoch nicht gebilligt werden. Der Abs. 2 ist fast wörtlich aus den Kommissionsbeschlüssen von 1861 herübergenommen, der frühere Kommissionsbericht wird in dem von 1892 wiederholt als die Quelle genannt und lobend erwähnt; daß dem Absatze irgend ein anderer Sinn habe beigelegt werden sollen als im Jahre 1861, ist nirgends angedeutet. An Regierungsmotiven fehlt es, weil die Regierung ihn nicht vorgeschlagen hatte; dagegen ist in dem Berichte der Kommission von 1861, aus deren Beratungen er hervorgegangen ist, mit zweifelloser Klarheit hervorgehoben, daß dieser Absatz nicht die objektive, sondern nur die subjektive Regulierungsfähigkeit erweitern solle. Es wird eingehend berichtet, daß auch die Ausdehnung auf erstere angeregt, dieser Vorschlag aber abgelehnt sei wegen der darin liegenden Ungerechtigkeit gegen die Gutsherren, die nach dem bis dahin geltenden Rechte durchaus befugt gewesen seien, die Stellen ganz einzuziehen oder mit anderen Wirten zu besetzen. Das Gesetz sollte gegen die Gutsherren nicht zurückwirken, sondern nur im Falle der objektiven Regulierungsfähigkeit einen Vorzug des früheren Besitzers vor dem jetzigen begründen. Das entspricht auch genau dem Wortlaute; eine Rückwirkung zum Nachteile des Gutsherrn ist in keiner Weise angedeutet, vielmehr nur gegenüber dem späteren Besitzer. Dieser Vorzug und die Kollision sind überhaupt nur denkbar, wenn die Stelle am 1. Januar 1892 noch regulierungsfähig war. Denn nur dann konnte der jetzige Besitzer einen Regulierungsanspruch haben, nur dann also eine Kollision und das Vorgehen möglich sein; die Zwischenbesitzer erlangten durch das Gesetz überhaupt keine Rechte. Die Abs. 3, 4 des § 3 wenden sich nur gegen Maßregeln des Gutsherrn, die mit den Abs. 1, 2 in Widerspruch stehen; für die Auslegung des Abs. 2 sind sie ohne Bedeutung. Auch auf den § 6 des Gesetzes und die in ihm genannten älteren gesetzlichen Bestimmungen kann die Revision nicht gestützt werden; denn im vorliegenden Falle ist nicht die an sich vorhandene objektive Regulierungsfähigkeit durch Anerkenntnisse, Verzichte, Judikate ausgeschlossen, sondern sie fehlt, auch wenn man sie nur nach den Vorschriften des Gesetzes beurteilt.

Viertes Buch. Familienrecht.

§ 92.

Bürgerliche Ehe.

B.G.B. §§ 1297—1588.

I. 1227—1465. II. 1203—1485. III. 1280—1566. M. IV. 1—645. D. 166—218. E.G. Art. 13—17, 41, 46, 50, 97, 198—202, 206, 207. Windscheid II. §§ 489 bis 512. Stobbe IV. §§ 206—249. Dernburg III. §§ 1—41.

Verlöbnis.

Nr. 2185. II. Sen. 21. Oktober 1887. II. 136. 87. Bd. 20, Nr. 74, S. 333.

Örtlich maßgebendes Recht für die Wirkungen des Verlöbnisses. (Rhein. R.). Bei der Frage, nach welchem örtlichen Rechte die Wirkungen des Verlöbnisses zu beurteilen sind, insbesondere zu entscheiden ist, ob aus demselben auf Erfüllung des Versprechens oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geklagt werden kann, ist zunächst die rechtliche Natur des Verlöbnisses maßgebend. Das Verlöbnis ist im Wesentlichen als ein obligatorisches Verhältnis anzusehen. Da die Verlobung als ein die Eheschließung vorbereitender Vertrag (pactum de contrahendo) gelten muß, so müssen auch die allgemeinen Grundsätze, die bezüglich der Verträge gelten, soweit nicht besondere Vorschriften bestehen, für sie maßgebend sein. Ebenso muß die Frage, ob auf Grund der übernommenen obligatorischen Verpflichtung auf Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geklagt werden kann, nach dem Rechte desjenigen Ortes beurteilt werden, der als der Sitz der Obligation anzusehen ist. Allerdings ist bezüglich der Frage, nach welchem Rechte die durch einen Vertrag begründeten Rechtsverhältnisse zu beurteilen sind, nicht ohne Weiteres das Recht des Erfüllungsortes maßgebend, es kommt vielmehr in erster Linie auf den Willen der Vertragschließenden, nämlich darauf an, welchem bestimmten Rechte sie sich in Beziehung auf die Wirkungen des Vertrages unterwerfen wollten, bezw. welches örtliche Recht sie als das selbstverständlich anwendbare voraussetzten. Nr. 4222. Nr. 204. Das Berufungsgericht hat dies aber nicht verkannt. Nur für den nach seiner Auffassung hier gegebenen Fall, daß eine aus der Natur der Obligation oder den Umständen sich ergebende Unterwerfung unter ein bestimmtes örtliches Recht nicht vorliege, hat das Oberlandesgericht den Satz aufgestellt, es sei anzunehmen, daß sich die Parteien dem öffentlichen Rechte desjenigen Ortes hätten unterwerfen wollen, wo die Obligation erfüllt werde, also ihre rechtliche Wirksamkeit äußern solle. Es hat daher mit Recht den Ort für maßgebend erachtet, wo die Verlobten nach der Verehelichung ihren Wohnsitz nehmen, demnach die Ehe begründen und das gemeinschaftliche häusliche Zusammenleben beginnen wollten, nicht den Ort, wo die Eheschließung vor dem Standesbeamten erfolgen sollte. Nr. 2852. Nr. 2186. Nr. 1252.

Nr. 2186. VI. Sen. 28. Februar 1889. VI. 336. 88. Bd. 23, Nr. 36, S. 172.

Erfüllung des Verlöbnisses. Art der Erfüllung. Gerichtsstand. (Gem. R.). Eine besondere Abrede, wonach die Eheschließung in Hamburg, wo die Klage auf Eingehung der Ehe angestellt ist, hätte stattfinden sollen, ist von dem in Hamburg wohnenden Kläger nicht behauptet. Aus der Natur des Eheversprechens folgt ebensowenig, daß die Eingehung der Ehe am Wohnorte des Bräutigams bezw. an demjenigen Orte, wo der für diesen Wohnort bestellte Standesbeamte sein Amtslokal hat, geschehen müßte; denn obwohl nach § 42 Abs. 1 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 dieser Standesbeamte allerdings die erforderliche Zuständigkeit haben würde, so gilt doch das Gleiche eventuell auch von anderen Standesbeamten, insbesondere auch von dem des Wohnsitzes der (im schleswigschen Kirchspiele D. wohnhaften) Braut. Ein anderer Grund, Hamburg für den Erfüllungsort zu erklären, liegt nicht vor. Der Annahme, daß nach gemeinem Rechte als Erfüllungsort für das Eheversprechen derjenige Ort zu gelten habe, wo nach dem übereinstimmenden Willen der Verlobten oder nach der Natur des Verhältnisses die Verlobten nach der Eheschließung ihren ersten gemeinsamen Wohnsitz nehmen würden, ist nicht beizutreten, vielmehr ist als Erfüllungsort derjenige Ort anzunehmen, wo der betreffende Verlobte den Akt der Eheschließung mit dem anderen vorzunehmen verpflichtet ist. Eine vertragsmäßige Beschränkung der freien Bestimmung des künftigen Wohnsitzes ist überhaupt für ungültig zu erachten (vergl. l. 71, § 2 Dig. de cond. et dem. 35, 1), und anderenteils widerstreitet eine vertragsmäßige Bindung des Mannes gegenüber der Frau über eine solche Einzelheit des ehelichen Lebens dem sittlichen Wesen der Ehe (arg. c. 17 C. XXXIII qu. 5). Auch wird nicht notwendig dort eventuell das eheliche Leben zu beginnen haben, wo der Bräutigam jetzt gerade wohnt, sondern dort, wo er sofort nach der Eheschließung in freier Wahl zunächst seinen Wohnsitz nehmen wird, und diesen Ort kann man während der Dauer des Verlöbnisses nicht mit Sicherheit vorher bestimmen. Überdies ist es unrichtig, die Herstellung des gemeinsamen ehelichen Lebens als die Erfüllung des Verlöbnisses aufzufassen. Die Handlung, auf welche der in dem Verlöbnisse liegende Vertrag, soweit er als ein obligatorischer anzusehen, gerichtet ist, besteht eben nur in dem Abschlusse eines anderen Vertrages, der Eheschließung, welcher seinerseits, obwohl er mittelbar gleichfalls zu vielen beiderseitigen Leistungen verpflichtet, doch kein obligatorischer, sondern ein familienrechtlicher Vertrag anderer Art ist, der zu seiner unmittelbaren Rechtsfolge nur die Begründung des dauernden persönlichen Verhältnisses der Ehe hat; in diesem letzteren Punkte liegt die Besonderheit des Verlöbnisses, soweit es obligatorischer Vertrag ist, im Vergleiche mit den gewöhnlich sogen. pacta de contrahendo, denen es sich im übrigen anreiht. Die l. 65 Dig. de jud. 5, 1 hat mit der zur Entscheidung stehenden Frage nichts zu thun. Die Entscheidung im Falle Nr. 2185 beruht auf dem rheinischen Recht. Nr. 2852. Nr. 2188. Nr. 2389.

Nr. 2187. III. Sen. 3. Juli 1888. III. 90. 88. Bd. 21, Nr. 32, S. 181.

Einwilligung des Vaters zum Verlöbnisse des minderjährigen Sohnes. Eideszuschiebung. Restitution gegen ein Verlöbnis. (Gem. R.). Belangt ist der Vater als Vertreter seines minderjährigen Sohnes, der Vater allein konnte auch, da Minderjährige der Regel nach noch nicht prozeßfähig sind, nach §§ 50 ff. C.P.O. für seinen Sohn als dessen gesetzlicher Vertreter verklagt werden. Nach § 435 a. a. O. gilt aber ein solcher Vertreter in Bezug auf die Eideszuschiebung selbst als Partei, und es kann ihm ein Eid sowohl über seine, des Vertreters, eigene Handlungen oder Wahrnehmungen als auch über solche der von ihm vertretenen Person zugeschoben werden. Nr. 2414. Im vorliegenden Falle hat die Klägerin dem Prozeßgegner allgemein den Schiedseid über die behauptete väterliche Einwilligung zum Verlöbnisse mit dem minderjährigen K. zugeschoben, und es erkennt der Berufungsrichter, indem er die Frage erörtert, ob der Vater dem Bruder der Klägerin gegenüber sein Einverständnis mit der Verlobung

erklärt habe, an, daß nach dem maßgebenden hessischen Gesetze vom 18. April 1877 Art. 2, die Eheverlöbnisse in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen betreffend, nicht eine unmittelbar den Verlobten gegenüber abgegebene Erklärung der zur Einwilligung Berechtigten erforderlich ist, daß vielmehr hierbei die allgemeinen Grundsätze über Willenserklärungen maßgebend sind. Hiernach erscheint es als eine eigene Handlung des gesetzlichen Vertreters des prozeßunfähigen Beklagten, wenn er vor der Klaganstellung sein Einverständnis mit dem Verlöbnisse in der behaupteten Weise zu erkennen gegeben hat, und es ist die Eideszuschiebung an den Vater hierüber nach § 410 C.P.O. zulässig. Eine an den Sohn erfolgte Eideszuschiebung liegt nicht vor; ob diesem eventuell nach § 435 Abs. 2 C.P.O. an der Stelle seines Vaters der Eid angetragen werden könnte, ist daher hier nicht zu entscheiden. Es unterliegt zwar keinem Zweifel daß gegen die durch ein rechtsgültiges Verlöbnis begründeten rechtlichen Wirkungen nach gemeinem Rechte auch auf Grund der Minderjährigkeit eines Verlobten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht werden kann; bestritten ist aber, ob zur Erteilung der Restitution eine besondere durch dies Eheverlöbnis selbst hervorgerufene Verletzung behauptet und dargethan werden müsse, oder ob schon das Verlöbnis als solches eine Läsion bedinge und daher die bloße Berufung des Minderjährigen auf seine Abneigung zur Eingehung der Ehe die Restitution rechtfertige. Obgleich ein Minderjähriger nach l. 7 pr. Dig. de min. 4, 4 gegen jede Art von Rechtsgeschäften restituiert werden soll und dabei der ihm drohende Nachteil nicht notwendig ein Vermögensnachteil zu sein braucht, so wird doch immerhin zur Annahme einer zureichenden Läsion eine *aus dem Verlöbnisse selbst* für den Minderjährigen entstandene Veränderung seines Rechtszustandes erfordert. Nicht das ist entscheidend, ob der Minderjährige hinterher und noch zur Zeit der Klaganstellung die Vollziehung der Ehe verweigert, sondern, ob das Verlöbnis bereits *zur Zeit seiner Eingehung* nachteilig, mindestens schon damals die Besorgnis einer nachteiligen Veränderung der Umstände begründet war. Trifft dies nicht zu, so liegt in einem mit Einwilligung der Eltern des Minderjährigen eingegangenen Verlöbnisse keine Läsion und die spätere Sinnesänderung des Letzteren für sich allein erscheint als ein zufälliges Ereignis ohne rechtliche Bedeutung. Im vorliegenden Falle muß aber die Restitution deshalb für ausgeschlossen erachtet werden, weil durch deren Erteilung die Klägerin ein unersetzlicher Nachteil treffen würde (l. 4 Dig. de in integ. rest. 4, 1). Gegen ein *durch Schwängerung der Braut bestärktes* nach Art. 2 des cit. Landesgesetzes mit Einwilligung der Eltern der Verlobten zustande gekommenes Eheverlöbnis kann der minderjährige Bräutigam, von ganz besonderen hier nicht vorliegenden Umständen abgesehen, keine Restitution erwirken, weil der vorige Zustand überhaupt nicht mehr herzustellen ist und der Nachteil für die Braut ein unersetzlicher oder doch ein so großer sein würde, daß er zu dem Vorteile des Bräutigams in einem unverhältnismäßigen Gegensatze stände.

Nr. 2188. VI. Sen. 11. Januar 1892. VI. 235. 91. Bd. 29, Nr. 26, S. 97.

Verlöbnis eines verheirateten Mannes. Anspruch einer geschiedenen Ehefrau aus dem Stuprum. Klage einer Frauensperson, die sich wissentlich einem Ehemanne preisgegeben hat, auf Entschädigung. (Gem. R.). Das durch das Verlöbnis als den Vertrag, durch den zwei Personen verschiedenen Geschlechts einander die Ehe versprechen, begründete Rechtsverhältnis, das auch selbst wieder „Verlöbnis“ genannt werden kann, hat eine doppelte Seite, eine familienrechtliche und eine obligationenrechtliche. Die Verlobten als solche stehen sofort in einem dauernden persönlichen Rechtsverhältnisse besonderer Art zu einander, dessen rechtliche Bedeutung freilich eine viel geringere ist als die der Ehe; dies ist die familienrechtliche Wirkung des Verlöbnisses. Außerdem aber und vor Allem ist das Verlöbnis ein obligatorischer Vertrag, nämlich ein pactum de contrahendo im weiteren Sinne, ein Vorvertrag, wodurch sich die Paciscenten zwar nicht zur Eingehung eines Kontrakts im eigentlichen Sinne d. h. eines anderen obligatorischen

Vertrages wohl aber zur Eingehung des rein familienrechtlichen Vertrages der Eheschließung einander verpflichten. Nr. 2186. Spricht man nun von „Verlöbnis" lediglich im familienrechtlichen Sinne, so würde es allerdings schlechthin als richtig anzuerkennen sein, daß es im Rechtssinne kein Verlöbnis eines Ehemannes giebt, daß ein solcher rechtlich so wenig Verlobter wie Ehemann einer zweiten Frau sein kann. Aber dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß auch das Verlöbnis eines Ehemannes, insofern es obligatorischer Vertrag, Eheversprechen ist, Rechtswirkungen haben kann. Nr. 2389. Sollte man auch, was hier nicht entschieden zu werden braucht, sagen dürfen, ein solches Eheversprechen sei, insofern der Mann bereits verheiratet ist, auf etwas objektiv Unmögliches gerichtet, so würde das natürlich nicht hindern, daß der Mann, der wissentlich dieses Unmögliche einer die Unmöglichkeit nicht kennenden Frauensperson versprochen hätte, ihr zur Leistung des Interesses, mindestens des negativen Interesses, verpflichtet wäre. Aber im vorliegenden Falle hat die Klägerin bei Entgegennahme des Eheversprechens gewußt, daß der Beklagte verheiratet ist. Hier drängt sich zunächst schon die Frage auf, ob nicht, da die Klägerin bei dieser Sachlage doch jedenfalls nur unter der Voraussetzung vom Beklagten geheiratet zu werden erwarten konnte, daß seine bestehende Ehe vorher geschieden sein werde, ihr jetzt erhobener Anspruch auf Entschädigung schon daran scheitern müsse, daß nach ihrer eigenen Darstellung diese Bedingung gar nicht eingetreten ist, jene Ehe vielmehr noch fortbesteht. Das Landgericht hat ohne Weiteres die vom Beklagten der Klägerin gemachte unwahre Vorspiegelung, daß er mit seiner Frau im Ehescheidungsprozesse liege, der in allernächster Zeit zur Scheidung seiner Ehe führen werde, hypothetisch (falls die Klägerin den Eid hierüber leisten werde) für ausreichend gehalten, um die Klage auf Entschädigung wegen des nicht erfüllten und nicht erfüllbaren Eheversprechens zu begründen; aber ob mit Recht, bedürfte doch noch erst einer Erörterung. Von einer solchen kann indessen hier abgesehen werden, da dem Berufungsgerichte jedenfalls darin beigetreten werden mußte, daß jedes von einem Ehegatten mit einer diese seine Eigenschaft kennenden dritten Person auf den Fall der Auflösung seiner Ehe eingegangene Verlöbnis rechtlich völlig unverbindlich ist. Allerdings läßt sich nicht behaupten, daß in einem solchen Verlöbnisse ohne Rücksicht auf die Verhältnisse des Einzelnen notwendig allemal eine Unsittlichkeit gefunden werden müßte; aber andererseits würde es unrichtig sein, die Grundlage der rechtlichen Entscheidung bei dieser Frage in der sittlichen Beurteilung des Einzelfalles zu suchen. Es würde vielmehr gegen die guten Sitten, gegen den Anstand verstoßen, einem solchen auf die Voraussetzung einer zwar möglichen, aber vom allgemeinen Standpunkte aus nicht wünschenswerten Veränderung der bestehenden Rechtsverhältnisse gebauten Vertrage jemals Rechtswirkung beizulegen. Vergl. c. 8. X de eo qui duxit 4, 7. Bei dem eventuellen Klaggrunde, dem vollzogenen Beischlafe, steht gleichfalls in Frage, ob ein solcher Anspruch auch dann stattfindet, wenn zur Zeit des Beischlafes der Thäter verheiratet und dies der Geschwächten bekannt war. Es könnte der Zweifel entstehen, ob die angefochtene Entscheidung des Berufungsgerichts, wodurch die Klaganspruche völlig abgewiesen sind, nicht jedenfalls aus dem Grunde aufrecht zu halten sein würde, weil hier die Klägerin eine geschiedene Ehefrau ist, einer solchen aber überhaupt kein Anspruch gegen ihren Stuprator zusteht. Dem Berufungsgericht ist aber darin beizutreten, daß nach gemeinem deutschen Gewohnheitsrechte, das sich auf Grund des c. 1 X. de adult. 5, 16 gebildet hat, bei Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen der Entschädigungsanspruch auch einer geschiedenen Ehefrau einzuräumen ist. Ob der Anspruch wegen Verführung bezw. wegen Schwächung überhaupt nicht bloß einer Jungfrau, sondern auch einer unbescholtenen Witwe zustehe, darüber waren bei Ausbildung des in Rede stehenden gemeinen Gewohnheitsrechts Zweifel und Schwankungen, wie solche in der That stattgefunden haben, wohl erklärlich. Da sich nun aber das Gewohnheitsrecht schließlich unzweifelhaft in diesem Sinne festgestellt hat, so darf folgerichtig auch einer unbescholtenen geschiedenen Ehefrau der gleiche

Anspruch nicht versagt werden. Es bleibt also die obige Frage zu entscheiden, ob auch einer solchen Geschwächten, welche sich wissentlich einem verheirateten Manne preisgegeben hat, gemeinrechtlich ein Anspruch auf Entschädigung gegen diesen zuzugestehen ist. Das Berufungsgericht hat die Frage verneint. Die vorherrschende Ansicht ist früher eigentlich immer dahin gegangen, daß auch der mit ihrem Wissen von einem Ehemanne Geschwächten der fragliche Anspruch zu gewähren sei. Auch diejenigen neueren Pandektenschriftsteller, die auf diese Frage überhaupt zu sprechen kommen, haben sich dieser Meinung angeschlossen. Es kann aber die gemeinrechtliche Streitfrage hier überhaupt unentschieden bleiben, da das vorige Urteil jedenfalls aus Gründen des hier maßgebenden (hamburgischen) Partikularrechts aufrecht erhalten werden mußte. Bezüglich des sächsischen Rechts vergl. Kursächsische Konstitutionen von 1572 Tl. IV Konst. 27, jetzt § 1552 des sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

Eingehung der Ehe.

Nr. 2189. III. Sen. 8. Mai 1888. III. 41. 88. Bd. 21, Nr. 8, S. 43.

Klage auf Ergänzung der elterlichen Einwilligung zur Eheschließung. Die in § 32 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875 im Falle der Versagung der elterlichen Einwilligung zur Eheschließung den großjährigen Kindern gewährte Klage auf richterliche Ergänzung ist vor dem Prozeßrichter anzubringen. Der genannten Klage kann daher im gesamten Deutschen Reiche die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges nicht entgegengestellt werden und das altenburgische Gesetz vom 13. Januar 1869, welches die Anträge auf Ergänzung des elterlichen Ehekonsenses an die Vormundschaftsbehörde verweist, ist nicht mehr als rechtswirksam zu erachten.

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

Nr. 2190. I. Hilfs-Sen. 5. Mai 1882. IVa. 52. 82. Bd. 7, Nr. 66, S. 227.

Eheschließung im Geltungsbereiche des concilium Tridentinum unter Mitwirkung eines vor dem Gesetze über die Vorbildung und Anstellung der Geistlichen vom 11. Mai 1873 widerruflich mit der Verwaltung des Pfarramts beauftragten katholischen Priesters. (Preuß. R.). Die Ehe ist darum nicht nichtig, weil dem Priester die Vornahme geistlicher Amtshandlungen nach Einleitung des Zwangsverfahrens auf definitive Besetzung der Stelle nach § 18 a. a. O. von der Staatsbehörde bereits untersagt war. Der dem Priester durch gültige Delegation vermöge Beauftragung mit der Verwaltung des Pfarramts seitens des Bischofs beigelegten Eigenschaft konnte der Priester nur durch Widerruf des Auftrages seitens des Bischofs oder aber durch eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung entkleidet werden, die in dem Gesetze vom 11. Mai 1873 nicht enthalten ist.

Nr. 2191. IV. Sen. 26. Februar 1891. IV. 279. 89. Bd. 27, Nr. 24, S. 100.

Form der Eheschließung von Reichsangehörigen und deutschen Schutzgenossen in der Türkei. Gewohnheitsrechtliche Normen der Eheschließung. Positive reichsgesetzliche Bestimmungen, die die Anwendung der für das Inland obligatorisch geltenden Form der Civilehe mit der gleichen Wirkung auf die in der Türkei lebenden Deutschen vorschreiben, sind nicht vorhanden. Die allgemeine Bezugnahme auf die Reichsgesetze in § 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879 kann, was die Form der Eheschließung angeht, nur dahin verstanden werden, daß sie eine Bestätigung des reichsgesetzlich bereits durch das (durch die Reichsverfassung zum Reichsgesetz erhobene) Gesetz vom 4. Mai 1870 für das Ausland, also auch für die Bezirke der Konsulargerichte, geregelten Zustandes enthält. Das Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 findet hingegen in den Konsulargerichtsbezirken wie überhaupt auf die im Auslande geschlossenen Ehen von Deutschen nur insoweit Anwendung, als es in den §§ 28—40 die nach § 3 des Gesetzes vom 4. Mai 1870 dem zu Eheschließungen ermächtigten Beamten nachzuweisenden Erfordernisse zur Eingehung der Ehe enthält. Der

Kläger gründete seinen Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Ehe darauf, daß die Ehe im Jahre 1884 im Standesamtsbezirke des Kaiserlichen Konsuls in Jerusalem nur vor diesem, nicht aber durch kirchliche Trauung gültig habe geschlossen werden können. Dieser rechtliche Standpunkt des Klägers ist nicht haltbar. Der Ehe der Parteien kann die bürgerliche Wirksamkeit nicht entzogen werden, falls dieselbe nur nach dem in Jerusalem zur Zeit der Eingehung der Ehe geltenden Eheschließungsrechte eingegangen ist, und das Letztere ist zu bejahen. In der Türkei ist die Form der Eingehung aller Ehen nicht muselmännischer Nichtunterthanen der Pforte, die auf Grund der Kapitulationen eine Sonderstellung haben, gesetzlich nicht geregelt, es steht aber das türkische Recht der Bildung eines auf die Form der Eheschließung bezüglichen Gewohnheitsrechts nicht entgegen, dem die gleiche Kraft wie einem Gesetze beizumessen wäre. Das Bestehen eines solchen Gewohnheitsrechts dahin, daß eine von einem Kirchendiener christlichen Bekenntnisses vorgenommene kirchliche Trauung eines christlichen Paares von den türkischen Landesbehörden als eine rechtsgültige Eheschließung anerkannt wird, ist hier konstatiert.

Nr. 2192. IV. Sen. 30. Juni 1892. IV. 131. 92. Bd. 30, Nr. 2, S. 3.

Beseitigung der Vorschriften des preußischen A.L.R. über die Gestattung der Wiederverheiratung des wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten durch das Reichsrecht. Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 regelt das formelle und das materielle Eheschließungsrecht für das Reich einheitlich und bestimmt in § 39, daß alle Vorschriften, die das Recht zur Eheschließung weiter beschränken, als es durch das Gesetz selbst geschehen ist, aufgehoben werden. Es sind daher alle früheren landesgesetzlichen Vorschriften der bezeichneten Art, sofern sie nicht im Reichsgesetze besonders aufrecht erhalten und damit reichsgesetzlich sanktioniert sind (vergl. § 38), außer Kraft getreten. Zu diesen Vorschriften gehören aber die in Rede stehenden Bestimmungen der §§ 736, 737, II. 1 A.L.R., die sich als eine Beschränkung des Rechts zur Eheschließung im Sinne des § 39 des Reichsgesetzes darstellen, indem sie dem wegen Ehebruches Geschiedenen, wenn er zur neuen Ehe schreiten will, die von dem Reichsgesetze nicht geforderte Verpflichtung auferlegen, sich durch eine Bescheinigung des Gerichts darüber auszuweisen, daß die Person, die er heiraten wolle, nicht diejenige sei, auf welche sich das Eheverbot des § 33 Nr. 5 des Reichsgesetzes (§§ 25 ff. II. 1 A.L.R) beziehe. Die fraglichen Vorschriften haben auch gegenüber dem Reichsgesetze die praktische Bedeutung verloren. Nach § 45 des Gesetzes steht dem Standesbeamten allein die Feststellung zu, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Eheschließung vorhanden sind. Er hat daher in einem Falle der gegebenen Art selbständig nach Anleitung des Gesetzes zu prüfen, ob der neuen Ehe, deren Eingehung der wegen Ehebruches Geschiedene beabsichtigt, das Verbot des § 33 Nr. 5 entgegensteht. Von dieser Prüfung wird er durch die Vorlegung einer gerichtlichen Bescheinigung im Sinne der §§ 736, 737, II. 1 A.L.R. nicht befreit, wie auch andererseits für ihn der Inhalt einer solchen Bescheinigung keine bindende Kraft hat. Nach dem bisherigen Rechtszustande in Preußen hatte der bei der Eheschließung wirksame Beamte eine minder selbständige Stellung. Nach der jetzigen Rechtslage hat die Thätigkeit des Scheidungsrichters mit der Urteilsfällung ihren Abschluß erlangt und der Richter hat nur in den Urteilsgründen den Ehebruch als Scheidungsgrund ausdrücklich zu bezeichnen und, sofern die Verhandlungen in dieser Beziehung einen Aufschluß geben, die Person, mit der die Ehe gebrochen ist, erkennbar zu machen, damit für den Standesbeamten eine sichere Grundlage zur Vornahme der ihm obliegenden Prüfung geschaffen wird.

Nr. 2193. III. Sen. 11. November 1892. III. 125. 92. Bd. 30, Nr. 44, S. 144.

Voraussetzung der Ungültigkeit der Ehe mit dem Ehebrecher. Rechtliche Stellung der im Ehebruche erzeugten Kinder. (Reichs- und gem. R.) Ob, wie der erste Richter

ausführt, auch eine Putativehe der natürlichen Eltern die Legitimation der unehelichen Kinder bewirke, kann unentschieden bleiben, da mit dem Berufungsgericht angenommen werden muß, daß die Ehe des v. K. mit der Mutter der Klägerinnen rechtsgültig war. Allerdings sind die Letzteren im Ehebruche erzeugt, und die Ehe ihrer Mutter ist nicht allein wegen böslicher Verlassung, sondern auch wegen Ehebruches getrennt; aber das Scheidungsurteil läßt an keiner Stelle erkennen, daß der den Scheidungsgrund bildende Ehebruch derjenige mit v. K. gewesen sei, dessen Name im Urteile nirgends, nicht einmal im Thatbestande, unter den Parteibehauptungen erwähnt wird. Vielmehr wird im Scheidungsurteile die richterliche Überzeugung nur aus der von der Beklagten im Sühnetermin vor dem Geistlichen abgegebenen Erklärung gewonnen, daß sie während bestehender Ehe zwei Kinder geboren habe, deren Vater ihr Ehemann nicht sei. Das Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 will aber, indem es in § 33 die Ehe „zwischen einem wegen Ehebruches Geschiedenen und seinem Mitschuldigen" verbietet, offenbar nur die Ehe mit derjenigen Person untersagen, deren Ehebruch nach dem Urteile erkennbar zur Scheidung geführt hat. Ist daher die nachfolgende Ehe zwischen der Mutter der Klägerinnen und dem v. K. rechtsgültig, so hat sie auch die Klägerinnen, obwohl diese im Ehebruche erzeugt sind, durch Legitimation den ehelichen Kindern gleichgestellt. Die für diese Frage hauptsächlich in Betracht kommende Bestimmung in can. 6 X qui filii sint legitimi 4, 17 scheint zwar nach ihrem Wortlaute eine solche Legitimation nicht zuzulassen; berücksichtigt man aber, daß die Dekretale Alexanders III., aus der jene Stelle entnommen ist, als Grund des Nichteintretens der Legitimation die Nichtigkeit der Ehe zwischen den Ehebrechern angiebt, so verliert can. 6 a. a. O. die Beweiskraft, da es an jedem Anhaltspunkte fehlt, daß durch die Abkürzung bei Aufnahme in Gregors Sammlung eine wesentliche Abweichung beabsichtigt sei. Dazu kommt, daß das kanonische Recht der Ehe als solcher unabhängig vom Willen der Eheschließenden die legitimierende Kraft beilegt und daß es schwer erklärlich sein würde, wenn in Fällen, wo den schuldigen Ehebrechern gestattet ist, eine rechtsgültige Ehe einzugehen und deren Vorteile zu genießen, den unschuldigen Kindern die für sie günstigen Wirkungen der Ehe versagt sein sollten. Die durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder stehen den in der Ehe erzeugten gleich, soweit nicht Beschränkungen durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht begründet sind. Ob dies beim hohen Adel der Fall ist, steht nicht in Frage, und selbst wenn man darüber hinaus gegen die vom Reichsgericht (Nr. 2064) bereits anerkannte Lehnsfolgefähigkeit der Mantelkinder Bedenken haben sollte, besteht doch kein Rechtssatz, wodurch sie von der Succession in ein Familienfideikommiß des niederen Adels, wie es hier vorliegt, ausgeschlossen werden. Vielmehr sind sie im gemeinen Rechte jetzt wie früher als zur Nachfolge berufen angesehen, soweit sie nicht bei der Errichtung des Fideikommisses durch den Willen des Stifters erkennbar ausgeschlossen sind.

Nr. 2194. III. Sen. 22. Januar 1897. III. 238. 96. Bd. 38, Nr. 37, S. 138.

Wirkung des Ehehindernisses des Ehebruches nach § 33 des Gesetzes vom 6. Februar 1875. (Reichs- und gem. R.). Die frühere Ehe des in W. wohnenden Beklagten ist wegen des von ihm mit seiner mitbeklagten jetzigen Ehefrau, damals unverehelichten B., begangenen Ehebruches dem Bande nach getrennt. Darauf haben sich die beiden Beklagten in Holland, nachdem sie sich dort sechs Monate aufgehalten hatten, verheiratet. Als sie dann nach ihrem früheren Wohnorte W. zurückgekehrt waren, ist von dem Staatsanwalt bei dem zuständigen Landgericht Verden Klage auf Nichtigkeitserklärung dieser Ehe erhoben. In den beiden Vorinstanzen ist die Ehe für nichtig erklärt. Die dagegen gerichtete Revision der Beklagten ist begründet. Das Berufungsgericht hat auf Grund thatsächlicher Prüfung ohne Rechtsirrtum festgestellt, daß die Beklagten durch den Aufenthalt in Holland ihren Wohnsitz in W., also in Deutschland nicht verloren haben; über die Gültigkeit der Ehe entscheidet daher das deutsche Recht. Das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 bestimmt nicht selbst in vollem Umfange über

die Wirkung des im § 33 vorgeschriebenen Ehehindernisses des Ehebruches, verweist vielmehr insoweit im § 36 auf das Landesrecht. Das hiernach im vorliegenden Falle zur Anwendung kommende gemeine Recht kennt aber das Ehehindernis des Ehebruches nicht in der weiten Ausdehnung des gedachten § 33, wonach die Ehe zwischen den Ehebrechern stets verboten ist, wenn wegen dieses Ehebruches die frühere Ehe getrennt wurde, sondern nur in wenigen, besonders schweren Fällen, dann allerdings nur als öffentliches trennendes. Das Berufungsgericht meint nun, diese im gemeinen Recht allein vorgeschriebene Folge des Ehehindernisses des Ehebruches ohne weiteres auf die große Zahl der durch den § 33 hinzugetretenen leichteren Fälle anwenden zu müssen, befindet sich auch im Einklang mit fast allen diese Frage berührenden Schriftstellern; der erkennende Senat kann jedoch dieser Ansicht nicht beitreten. Wenn das Ehehindernis des Ehebruches dem gemeinen Recht ganz unbekannt wäre, würde es für dessen Gebiet nach den gedachten §§ 33, 36 nur die Natur eines aufschiebenden im Sinne des Reichsgesetzes, also mit der Wirkung haben, daß der Standesbeamte seine Mitwirkung bei der Eheschließung versagen muß, daß aber die Ehe, wenn sie trotzdem geschlossen wurde, gültig ist. Ebenfalls nur aufschiebende Wirkung würde zweifellos in dem vorliegenden Falle dann eintreten, wenn das gemeine Recht das Ehehindernis in derselben Ausdehnung wie der § 33 könnte und es zwar für die besonders schweren Fälle als trennendes, für alle übrigen aber nur als aufschiebendes ansähe. Nun ist aber das gemeine Recht in Wirklichkeit noch milder; es verbietet in den leichteren Fällen die Ehe mit dem Ehebrecher überhaupt nicht, und gerade deshalb würde für diese nach der herrschenden Ansicht gegen den Geist des gemeinen Rechts die härtere Folge eintreten. Wenn aber das Reichsgesetz hinsichtlich der Folgen auf die Landesgesetze verweist, so will es diese, abgesehen von seinen eigenen positiven Vorschriften, in ihrem Geiste und Sinne angewendet wissen. Es tritt also in den besonders ausgezeichneten Fällen wie früher die Nichtigkeit ein, für alle übrigen keine weitere Folge als die schon aus dem Reichsgesetz sich ergebende; das allein entspricht den Bestimmungen des gemeinen Rechts, und diese sollen als das Landesrecht maßgebend sein.

Nr. 2195. I. Sen. 21. Juni 1882. I. 283. 82. Bd. 9, Nr. 57, S. 212.

Vererblichkeit der Klage auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe. Reassumtion der Klage durch einen Miterben. (Gem. R.). Die angestellte Klage des Kurators des wegen mangelnder Dispositionsfähigkeit unter Kuratel gestellten S. auf Nichtigkeitserklärung der von S. nach Einleitung der Kuratel von ihm in Helgoland eingegangenen Ehe ist ihrer Natur eine sogen. Präjudizial- d. h. eine Feststellungsklage, die materiell nach den Grundsätzen des Eherechts zu beurteilen ist und nur hinsichtlich des prozessualen Verfahrens den in §§ 568—592 C.P.O. für Ehesachen gegebenen besonderen Vorschriften unterliegt. Die Klage war darauf gegründet, daß dem S. die erforderliche Dispositionsfähigkeit und freie Willensbestimmung gefehlt und daß er die wegen unterlassenen Aufgebots erforderliche Licenz zur Eheschließung durch unwahre Angaben erschlichen habe. Bereits vor dem Verhandlungstermine starb S. und es haben hierauf die jetzigen Kläger, nämlich drei seiner fünf Kinder aus erster Ehe, als Erben den Rechtsstreit reassumiert. Das Wesen der auf Nichtigkeitserklärung gegen die Ehefrau S. gerichteten Ehe besteht gerade in dem hier auch gestellten Antrage auf gerichtliche Feststellung, daß die scheinbar bestehende Ehe rechtlich nicht vorhanden sei. Aus einem solchen Ausspruche ergiebt sich dann von selbst als rechtliche Folge, daß auch die Wirkungen der nur scheinbaren Ehe nicht eingetreten sind, und zwar weder in familien- noch in vermögensrechtlicher Beziehung. Für die Statthaftigkeit der Aufnahme einer solchen Nichtigkeitsklage durch die Erben ist es unerheblich, ob man sie unter den § 231 C.P.O. subsumiert. Nach dem Rechte der evangelischen Kirche gehören die geltend gemachten Klaggründe zu den impedimenta privata, zu deren Geltendmachung lediglich die wegen ihres besonderen Interesses beteiligten Personen als berufen erscheinen. Das

im vorliegenden Falle geltend gemachte Klagrecht ist auch vererblich. Es genügt, daß sich an die Klage, wenngleich sie nicht unmittelbar auf eine vermögensrechtliche Leistung gerichtet ist, ein vermögensrechtliches Interesse knüpft. Von der Regel, daß alle privatrechtlichen Klagen nach dem Beginne des Prozesses auf die Erben des Klägers übergehen, machen nur diejenigen Ansprüche eine Ausnahme, welche durch ihren Inhalt höchst persönlicher Natur bezw. an eine bestimmte Person geknüpft sind und daher durch den Tod des Klägers gegenstandslos sind wie z. B. der Anspruch auf Eingehung oder Scheidung einer Ehe. Zu diesen Klagen gehört die vorliegende nicht. Unerheblich ist, daß nicht die Gesamtheit der Erben den Prozeß reassumiert hat. Ein überhaupt vererblicher Anspruch kann von jedem einzelnen Erben, unabhängig von der Teilnahme der Miterben gerichtlich verfolgt werden. Nr. 2304. Nr. 2196. Nr. 3681.

Nr 2196. I. Sen. 28. März 1883. I. 130. 83. Bd. 9, Nr. 58, S. 219.

Klage des Kurators eines Wahnsinnigen auf Ungültigkeitserklärung der Ehe des Kuranden. (Gem. R.). Mit Recht nimmt das Berufungsgericht an, daß der Vormund oder Kurator für seinen Mündel oder Kuranden ebensowenig eine Ehe schließen, als ohne dessen Willen auf Scheidung einer geschlossenen Ehe klagen kann. Nr. 2304. Dagegen geht das Berufungsgericht zu weit, wenn es diesen für die Klage auf Ehescheidung geltenden Grundsatz allgemein auch für die Klage auf Ungültigkeits- oder Nichtigkeitserklärung einer Ehe anwenden will. Es kann dahingestellt bleiben, wie die Frage zu entscheiden sein würde, wenn es sich um die Anfechtung der Ehe wegen Irrtums, Betruges oder Zwanges handelt. Für den hier vorliegenden Fall einer auf die dauernde Willensunfähigkeit des Kuranden bei Schließung der Ehe gegründeten Klage ist der Kurator zur Anstellung einer solchen Klage an sich für befugt zu erachten. § 28 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875. Auch wenn die geltend gemachten Ehehindernisse impedimenta publica wären, würde der Kurator für die Klage namens seines Kuranden legitimiert sein, da es sich bei der Geltendmachung eines impedimentum publicum nicht um die Ausübung eines Rechts von „höchst persönlichem" Charakter handelt. Nr. 2195.

Nr. 2197. I. Sen. 29. Oktober 1881. I. 113. 81. Bd. 5, Nr. 46, S. 177.

Anfechtung der Ehe wegen Betruges. (Gem. R.). Nach katholischem Eherecht ist die Ehe eine res spiritualis und die Ausschließung des Dolus als Anfechtungsgrund hängt mit der Lehre der katholischen Kirche von den Voraussetzungen der Wirksamkeit der Sakramente zusammen. Ist hiernach die Wirksamkeit des Ehesakraments nur von dem Vorhandensein und der in der erforderlichen Form abgegebenen Erklärung des Eheschließungswillens abhängig, so steht derjenige Irrtum, welcher diesen Willen ausschließt, oder ein ihm gleich zu achtender der Gültigkeit der Ehe entgegen, er mag absichtlich hervorgerufen sein oder nicht; wogegen die äußeren Umstände, unter denen die Eheschließung stattgefunden hat, die Beweggründe, wodurch die Ehegatten dazu bewogen worden sind, und der gute oder böse Glaube derselben, mithin auch betrügerische Einwirkungen der Ehegatten oder eines Dritten auf die Wirksamkeit des Ehesakraments keinen Einfluß haben. Das kanonische Recht entfernt sich hierbei von den Grundsätzen des Civilrechts in dem Maße, daß es nach c. 26 X. de sponsal. 4, 1 sogar demjenigen, der betrügerischerweise eine scheinbare Eheeinwilligungserklärung abgegeben hat, die Anfechtung der Ehe wegen mangelnden Eheschließungswillens gestattet. Ein Eherecht, das die Sakramentsnatur der Ehe nicht anerkennt oder wenigstens für das Rechtsgebiet als unerheblich erachtet, muß auch die vom kanonischen Recht daraus gezogenen Folgesätze verwerfen. Demgemäß geht die Ansicht der meisten Rechtslehrer dahin, daß nach protestantischem Eherecht bei Anfechtung der Ehe wegen Betruges die Grundsätze des bürgerlichen Rechts zur Anwendung kommen, wonach der Betrug als ein selbständiger Anfechtungsgrund neben dem Irrtum erscheint. Diese Ansicht, die auch in das preußische

A.L.R. (§ 39, II. 1 verbunden mit § 85, I. 4) und das sächsische B.G.B. (§§ 1597, 1625) übergegangen sind, herrscht in der gemeinrechtlichen Rechtsprechung vor. Um so weniger unterliegt es bei einer unter der Herrschaft des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 (§ 36) geschlossenen Civilehe einem Bedenken, den Betrug als selbständigen Anfechtungsgrund neben dem Irrtum anzuerkennen. Beide Anfechtungsgründe sind im Grunde und in den Voraussetzungen von einander verschieden. Während im Falle des Irrtums der Grund der Anfechtung in der Beschaffenheit des Eheschließungswillens, also lediglich in der Person des Irrenden liegt, besteht derselbe im Falle des Betruges in der rechtswidrigen Einwirkung auf den Willen des Irrenden, also in der Person des Täuschenden. In Ermangelung partikularrechtlicher Vorschriften sind im vorliegenden Falle, es handelt sich um das Gebiet der Stadt Frankfurt am Main, die Grundsätze des gemeinen protestantischen Eherechts anzuwenden, die als auf Gewohnheitsrecht beruhende und in der Frankfurter Reformation (Teil 3 Tit. 3 und 8) als geltend vorausgesetzte staatliche Rechtsnormen auch auf Eheleute mosaischen Glaubens anwendbar sind. Es ist die Thatsache für erheblich erachtet, daß der Kläger schon einmal verheiratet und von seiner ersten Ehefrau geschieden war, daß dies der Beklagten damals unbekannt gewesen und ihr von dem Kläger absichtlich verheimlicht worden ist. Nr. 2198.

Nr. 2198. III. Sen. 27. Mai 1887. III. 59. 87. Bd. 18, Nr. 45, S. 223.

Anfechtung der Ehe wegen Betruges über die Vermögensverhältnisse. (Gem. R.). Nach gemeinem protestantischen Kirchenrecht bildet der Betrug, durch welchen der eine Ehegatte den anderen Teil zur Erteilung des Ehekonsenses veranlaßt hat, einen selbständigen Grund zur Anfechtung der Ehe neben dem Irrtume, sofern anzunehmen ist, daß der Getäuschte, wenn er den wahren Sachverhalt gekannt hätte, bei vernünftiger Überlegung die Ehe nicht geschlossen haben würde. Es ist also nicht erforderlich, daß der Irrtum, unter welchem der Getäuschte die Ehe geschlossen hat, Eigenschaften oder Umstände betrifft, welche das Wesen der Ehe selbst berühren. Nr. 2197. Kann nun nicht verkannt werden, daß auf die Entschließung des Verständigen und Gewissenhaften die Erwägung über die Erreichung des wirtschaftlichen Zweckes der Ehe von Einfluß sein wird, so hat man auch den Betrug über Vermögensverhältnisse für einen Anfechtungsgrund zu halten, wenn der Getäuschte bei Kenntnis der wahren Sachlage in verständiger Erwägung der Verhältnisse von Eingehung der Ehe abgesehen haben würde.

Nr. 2199. III. Sen. 13. Januar 1891. III. 236. 90. Bd. 27, Nr. 38, S. 158.

Anfechtung einer Ehe wegen Irrtums über die geistige Gesundheit des anderen Ehegatten. (Gem. R.). Nach der Entwickelung, die das protestantische Eherecht im Laufe der Zeit genommen hat, giebt ein Irtum über solche persönliche Eigenschaften eines Ehegatten, die gewöhnlich bei Schließung einer Ehe vorausgesetzt zu werden pflegen, dem anderen Teile regelmäßig die Befugnis zur Anfechtung der Ehe. Nr. 2203. Nr. 2201. Auch mag sich in der Doktrin und Praxis überwiegend der Rechtssatz ausgebildet haben, daß die Geisteskrankheit eines Ehegatten, die vor dem Eheabschlusse vorübergehend sich zeigte, als Ehenichtigkeitsgrund dann angesehen werden kann, wenn solche während der Ehe in Stumpfsinn, Blödsinn oder auch in unheilbaren Wahnsinn ausartet. Niemals ist man aber so weit gegangen, daß man eine vor Eingehung der Ehe vorhanden gewesene, dem anderen Teile unbekannt gebliebene, vorübergehende Geistes- oder Gemütsstörung eines Ehegatten für sich allein oder in Verbindung mit späteren ähnlichen Störungen als ausreichend zur Ehetrennung erachtet oder gar eine Ehe für ungültig erklärt hätte, bei der ein Ehegatte mit der Anlage zur Geisteskrankheit erblich belastet war und infolge besonderer Anlässe vor und nach Eingehung der Ehe zeitweise geistig erkrankte. Daß eine derartige Anlage und solche Störungen das Wesen der Ehe nicht unmittelbar gefährden, nicht immer das eheliche

Zusammenleben und die Möglichkeit gegenseitiger Unterstützung der Ehegatten zu beeinträchtigen vermögen, zeigt gerade der vorliegende Fall. Nach dem Sachverhalte ist die Beklagte zwar von mittelmäßiger Begabung, und es war bei ihr von jeher ein eigenartiges scheues Verhalten zu beobachten; gleichwohl hat sie vollständige Einsicht über ihre Verhältnisse, ihren Zustand und ihre Lage als Gattin und Mutter; sie ist von den beiden Anfällen akuter Geistesstörung jedesmal nach einigen Wochen völlig genesen und war weder zur Zeit der Eheschließung noch der ärztlichen Untersuchung geisteskrank. Unter solchen Umständen konnte der Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum es ablehnen, auf Grund der angeblichen Unkenntnis des Klägers in betreff der geistigen Beschaffenheit der Beklagten beim Eheabschlusse die Ungültigkeit der Ehe auszusprechen. Es ist aber auch nicht anzuerkennen, daß es der Beklagten obgelegen habe, vor Eingehung der Ehe aus eigenem Antriebe dem Kläger von ihrer geistigen Erkrankung aus Anlaß des Todes ihrer Schwester Mitteilung zu machen, zumal der Kläger keinerlei Thatsachen behauptet hat, die die Annahme eines dolosen Verschweigens begründen könnten.

Nr. 2200. III. Sen. 19. Februar 1895. III. 296. 94. Bd. 34, Nr. 39, S. 170.

Rechtliche Bedeutung der Impotenz als Grund der Ungültigkeit einer Ehe. (Gem. R.). Anlangend die Widerklage des Ehemannes, der die Gültigkeit der Ehe wegen einer auf seiten der Ehefrau vorhandenen impotentia coeundi angreift, so hat der Berufungsrichter die Verbindung dieser Klage mit der von der Ehefrau wegen Ehebruches erhobenen Scheidungsklage gemäß § 575 Abs. 1 und § 592 C.P.O. mit Recht für zulässig erachtet, weil die Impotenz, die das Fundament der Widerklage bildet, ein privates Ehehindernis, also ein solches ist, das nicht von Amts wegen geltend gemacht, sondern nur von dem anderen Ehegatten mittels der Ungültigkeitsklage verfolgt werden kann. Dieser Gesichtspunkt ist bisher im katholischen wie im protestantischen Eherecht als die Regel anerkannt gewesen. Ob die vom Berufungsrichter hervorgehobene aus einem Verbote von Sixtus V. abgeleitete Ausnahme heutzutage und zumal nach dem Reichsgesetze vom 6. Februar 1875 noch in Geltung steht, kann unerörtert bleiben, da die thatsächlichen Voraussetzungen dieses Ausnahmefalles nicht vorliegen. Mit Recht ist sodann die Widerklage wegen Verzichts auf die Geltendmachung des Ehehindernisses der Impotenz zurückgewiesen. Ein derartiger Verzicht ist nicht unzulässig oder unwirksam. Es kann als ein allgemein anerkannter Satz des protestantischen Eherechts bezeichnet werden, daß die impotentia coeundi ein Ehehindernis nur in dem Falle bildet, wenn sie bei Eingehung der Ehe vorhanden und dem anderen Ehegatten unbekannt war. Dieser Grundsatz wird durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 insofern bestätigt, als danach das Impediment nur noch unter dem Gesichtspunkt des Irrtums zugelassen ist. Der § 39 des Reichsgesetzes schreibt vor, daß alle Vorschriften, die das Recht zur Eheschließung weiter beschränken, als es durch das Gesetz geschehe, aufgehoben sein sollen. Daß die derogatorische Klausel dieses Paragraphen neben anderen bisher bestandenen Ehehindernissen auch das der Impotenz als eines selbständigen Hindernisses in Wegfall bringt, ist deshalb anzunehmen, weil unter den Erfordernissen für eine gültige Eheschließung die normale körperliche Beschaffenheit nicht aufgezählt wird. Da jedoch der § 36 a. a. O. bezüglich des Einflusses des Zwanges, Irrtums und Betruges auf die Gültigkeit der Ehe das Landesrecht aufrecht erhält, so ergiebt sich, daß das Ehehindernis der Impotenz als ein Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person seine Gültigkeit und Wirksamkeit behalten konnte, daß es aber ohne Wirkung bleiben muß, wenn die Impotenz schon vor der Ehe vorhanden war und die Ehe in Kenntnis dieser Eigenschaft eingegangen wurde. Ist Letzteres geschehen, so kann Trennung der Ehe wegen impotentia coeundi des einen Eheteils nicht mehr verlangt werden; die Ehegatten bleiben in quasi ehelicher Gemeinschaft; es tritt, wie dies im kanonischen Recht vorgesehen ist, eine sogen. Geschwisterehe ein, was auch dem Stand-

punkte des preußischen A.L.R. entspricht, wonach allein zu wechselseitiger Unterstützung eine Ehe eingegangen werden kann. Dieser Zustand erfolgt, wenn wissentlich trotz des vorhandenen geschlechtlichen Mangels eine Ehe abgeschlossen wird; folgerichtig muß aber auch der gleiche Zustand und dieselbe Rechtswirkung eintreten, wenn bewußtermaßen trotz jenes Mangels die Ehe fortgesetzt wird. In dem einen wie in dem anderen Falle wird auf die Geltendmachung des Mangels als eines trennenden Impedimentes thatsächlich Verzicht geleistet, und es wäre inkonsequent, wenn man diesen Verzicht zwar für die Eingehung, nicht aber für die Fortsetzung der Ehe wirksam werden ließe. Das geltende Recht nötigt die Ehegatten nicht zur Trennung wegen Impotenz, es hat nur dem nicht impotenten Teile die Befugnis gewährt, die Ehetrennung wegen dieser den regelmäßigen Zwecken der Ehe zuwiderlaufenden Beschaffenheit herbeizuführen. Die Geltendmachung des hieraus fließenden Rechtsmittels ist in die Hände des Beteiligten gelegt, sobald er sichere Kenntnis von dem Vorhandensein und der Unheilbarkeit des Mangels erlangt hat. Macht er von hier an von dem Rechtsmittel keinen Gebrauch und setzt er trotz seiner Kenntnis die Ehe fort, so hat der Richter zu erwägen, in welchem Zeitpunkte und unter welchen Umständen ein thatsächlicher Verzicht auf das Rechtsmittel anzunehmen ist. Der Berufungsrichter hat nicht gefehlt, indem er im vorliegenden Falle einen solchen Verzicht seitens des widerklagenden Ehemannes angenommen hat. Er stellt thatsächlich fest, daß die Impotenz der Ehefrau schon vor der im Jahre 1869 erfolgten Eheschließung vorhanden und daß der Widerkläger durch die in den Jahren 1884 und 1887—1888 stattgehabten ärztlichen Untersuchungen, deren Ergebnis er erfahren hat, schon seit langer Zeit über die Unheilbarkeit des geschlechtlichen Mangels seiner Ehefrau unterrichtet war. Hieraus und aus der Thatsache, daß der Widerkläger seit 25 Jahren mit seiner Frau zusammengelebt hat, konnte der Berufungsrichter ohne Rechtsverstoß die Folgerung ziehen, daß sich der Ehemann des Rechts auf Anfechtung seiner Ehe begeben hat.

Nr. 2201. III. Sen. 2. Mai 1890. III. 46. 90. Bd. 25, Nr. 40, S. 192.

Klage auf Ungültigkeit der Ehe wegen mangelnder Jungfräulichkeit. (Gem. R.). Nach dem protestantischen Ehescheidungsrecht ist die Unkenntnis des Ehemanns von dem Mangel der Jungfräulichkeit der Ehefrau, welche er als Jungfrau geheiratet hat, als ein die Eheungültigkeitsklage begründender Irrtum über eine wesentliche persönliche Eigenschaft der Frau anzusehen. Nr. 2203. Im allgemeinen ist es nicht Sache des klagenden Ehemannes, zur Begründung seiner Klage noch besonders darzuthun, daß er die Jungfräulichkeit vorausgesetzt, deren Mangel also nicht gekannt habe, sondern es ist umgekehrt Sache der beklagten Ehefrau, die Kenntnis des Mannes von ihrem Zustande einredeweise zu behaupten und darzuthun. Im vorliegenden Falle ist unbestritten, daß auch der Ehemann vor Schließung der Ehe sich mit der Beklagten fleischlich vermischt hat. Den Klaggrund bildet die Unkenntnis des Mannes von dem Mangel der Jungfräulichkeit der Frau bei Eingehung der Ehe. Von einer solchen Unkenntnis kann selbstverständlich nicht die Rede sein, wenn der Mann der Frau schon vor der Ehe fleischlich beigewohnt hat. Der Berufungsrichter nimmt nun an, daß dem Ehemanne der Anspruch auf Ungültigkeitserklärung nur dann versagt werden könne, wenn aus den Umständen des einzelnen Falles zu entnehmen sei, daß der Ehemann selbst auf die Unbescholtenheit seiner Frau überhaupt kein Gewicht lege. Auf diese Weise gelangt er dazu, von der Beklagten zur Begründung der Einrede die Behauptung und den Beweis solcher besonderer Umstände zu verlangen und, da sie solche nicht angegeben hat, die Einrede zurückzuweisen. Das Verhältnis von Regel und Ausnahme ist aber das umgekehrte und darum die Verteilung von Behauptungs- und Beweislast verfehlt. Es kann nur als Ausnahme betrachtet werden, wenn der Ehemann sich trotz seiner Kenntnis vom Zustande der Frau um deswillen soll auf seine Unbekanntschaft damit berufen dürfen, daß sie schon vorher mit einem Dritten vertrauten Umgang gepflogen

hat. Ausgeschlossen sind solche Ausnahmen allerdings nicht. Sie werden mit dem Berufungsrichter anzuerkennen sein in Fällen, wo aus dem fleischlichen Verkehr vor der Ehe nicht darauf geschlossen werden kann, daß der Mann überhaupt kein entscheidendes Gewicht auf die Jungfräulichkeit lege, namentlich also in Fällen, wo zur Zeit des ersten vorehelichen Beischlafes bereits ein Verlöbnis oder wenigstens die ernstliche Absicht, die Ehe zu schließen, bestand, zumal wo solchen Falles nach der Volksanschauung die Hingabe der Braut an den Mann nicht als entehrend angesehen wird. Ob dergleichen oder ähnliche Umstände nach der konkreten Sachlage anzunehmen sind und deshalb ausnahmsweise die eigene Handlungsweise dem Manne nicht präjudizieren könnte, hätte der Berufungsrichter zu prüfen, und wenn er sie nicht annehmen, auch von den Parteien thatsächliche Aufklärung nicht erlangen konnte, der Einrede der Frau stattzugeben gehabt. Aber unter diesem Gesichtspunkte hat er die Sache nicht geprüft. Nr. 2199.

Nr. 2202. II. Sen. 4. Juni 1889. II. 102. 103. 89. Bd. 23, Nr. 74, S. 331.

Klage auf Ungültigkeitserklärung der Ehe wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften. (Rhein. R.). Als einziger Grund für die Ungültigkeitserklärung wird in Art. 180 code civil der Irrtum in der Person bezeichnet, das Gesetz schließt also schon nach seinem Wortlaute den Irrtum über Eigenschaften aus. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung darin, daß sich die französische Gesetzgebung an das in Frankreich bis dahin geltende kanonische Recht anschloß, welches grundsätzlich nur den Irrtum über die Identität der Person als Ungültigkeitsgrund anerkannte. Wollte man aber auch den Irrtum über den Civilstand und selbst über diejenigen physischen, moralischen und gesellschaftlichen Eigenschaften, welche als wesentliche vorausgesetzt werden durften, zur Begründung der Klage für ausreichend erachten, so würde im vorliegenden Falle dem Kläger doch der Umstand entgegenstehen, daß er im Augenblicke der Eheschließung Kenntnis von der Schwangerschaft seiner Braut hatte, sich also nicht im Irrtum über deren geschlechtliche Unbescholtenheit befand. Nr. 121.

Nr. 2203. IV. Sen. 28. Februar 1887. IV. 373. 86. Bd. 17, Nr. 58, S. 246.

Irrtum des Ehemannes in betreff der geschlechtlichen Unbescholtenheit der Ehefrau als Grund der Ungültigkeit der Ehe. (Preuß. R.). Unter den Parteien, welche sich am 8. November 1884 verheiratet, fünf Wochen vor der Eheschließung aber schon geschlechtlich miteinander verkehrt haben, steht fest, daß die Beklagte vor Eingehung der mit dem Kläger geschlossenen Ehe zwei Kinder außerehelich geboren hat, welche verschiedene Väter haben und von denen keines vom Kläger erzeugt ist. Der Kläger hat von der Geburt des einen Kindes am 2. März 1885 Kenntnis erhalten, er hat aber die Ehe, ohne wegen Irrtums Klage auf Ungültigkeitserklärung anzustellen, länger als sechs Wochen fortgesetzt. Von der Thatsache, daß die Beklagte zwei uneheliche Kinder, und zwar von verschiedenen Vätern geboren hat, will der Kläger erst am 7. April 1885 Kenntnis erhalten haben. Mit dem Ungültigkeitsgrunde, welcher darin bestehen soll, daß der Kläger bei Eingehung der Ehe in dem Glauben gestanden, die Beklagte habe mit einem anderen Manne geschlechtlichen Verkehr nicht gepflogen, kann der Kläger nach Ablauf der im § 41, II. 1 A.L.R. angegebenen Rügefrist von sechs Wochen nicht mehr gehört werden. Die durch außereheliche Schwängerung herbeigeführte Bescholtenheit ist auch dann vorhanden, wenn eine Frauensperson nur einmal oder wenn sie von demselben Manne mehreremal außer der Ehe geschwängert worden ist. Nur kann derjenige, welcher die Frauensperson zum zweitenmale geschwängert hat, nach § 9 Nr. 2c des Gesetzes vom 24. April 1854 sich auf diese Bescholtenheit nicht berufen, wenn er zugleich der erste Schwängerer ist. Irrtum betreffs der Bescholtenheit kann hiernach als Anfechtungsgrund der Ehe in dem Sinne, daß er als solcher zwar bei der Geburt zweier Kinder verschiedener Väter, aber nicht bei der Geburt eines unehe-

lichen Kindes vorhanden sein soll, nicht aufgefaßt werden. Gleichwohl ist damit die Frage im vorliegenden Falle noch nicht entschieden. Die geschlechtliche Bescholtenheit einer Frauensperson ist verschiedener Abstufungen fähig. Es läßt sich in dem Falle, wenn sich der Ehemann bei Eingehung der Ehe über die Thatsache, daß die gewählte Ehefrau von einem anderen Manne außer der Ehe geschwängert worden ist, hinweggesetzt oder den für ihn aus solcher Schwängerung erwachsenen Anfechtungsgrund wegen Ablaufes der Rügefrist nicht mehr geltend machen kann, die Frage, ob in der Unkenntnis von der Geburt eines zweiten Kindes von einem anderen Vater als dem des ersten Kindes ein Ungültigkeitsgrund der Ehe zu finden ist, nicht ohne Weiteres verneinen. Diese Frage darf aber bei Festhaltung des Grundsatzes, daß sich die gewöhnlichen Voraussetzungen bei Eingehung einer Ehe mit den Geboten der Sittlichkeit und der Auffassung der Ehe als eines eminent sittlichen Verhältnisses decken, nicht in der Weise beantwortet werden, daß dabei die das Wesen der Ehe selbst nicht berührenden individuellen Verhältnisse des getäuschten Ehegatten von entscheidendem Einflusse sind. Es kommt vielmehr darauf an, ob aus in der sittlichen Natur der Ehe beruhenden Gründen anzunehmen ist, daß der Kläger, wenn er von der Geburt des einen Kindes, aber nicht davon, daß die Beklagte von einem anderen Manne ein zweites Kind geboren, unterrichtet gewesen wäre, in die Eheschließung eingewilligt haben würde. Die Beantwortung der Frage hängt von einer Würdigung der thatsächlichen Umstände des gegebenen Falles ab. Zu ihnen gehört auch die Thatsache, daß die Parteien schon einige Wochen vor Eingehung der Ehe in geschlechtlichen Verkehr zu einander getreten sind. Nr. 2201. Nr. 2199.

Nr. 2204. III. Sen. 9. Dezember 1890. III. 194. 90. Bd. 27, Nr. 54, S. 228.

Klage auf Ungültigkeitserklärung einer Ehe wegen Irrtums. Genehmigung der Ehe durch Fortsetzung. § 41, II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Für die Frage, ob und inwieweit der Kläger die Ehe wegen Irrtums über die Eigenschaft seiner Frau (weil ihm ihre Schwangerschaft zur Zeit der Eingehung der Ehe nicht bekannt war) als ungültig anfechten kann, sind die Bestimmungen des preußischen A.L.R. maßgebend, weil die Parteien im Gebiete desselben ihr erstes Domizil gehabt haben. Denn nach den Gesetzen des ersten Domizils bestimmt sich, ob ein Ehehindernis vorhanden ist. Die Urteile in den Fällen Nr. 2302, Nr. 2299 betreffen die Frage nach dem Rechte für die Ehescheidung und kommen bei der Klage auf Ungültigkeitserklärung einer Ehe nicht in Betracht. Nicht fortgesetzt im Sinne des § 41, II. 1 A.L.R. ist nun die Ehe nicht schon dann, wenn der eine Ehegatte nach Entdeckung des Irrtums oder Betruges sich eigenmächtig von dem anderen faktisch trennt, sondern er muß die Klage auf Ungültigkeitserklärung der Ehe anmelden. Nach § 976, II. 1 A.L.R. wird das Ehehindernis, wenn es von dem Berechtigten innerhalb der im Gesetze bestimmten Frist nicht gerügt worden ist, für gehoben angesehen, es muß also jedenfalls der betreffende Ehegatte seine Absicht, das fragliche Ehehindernis geltend zu machen, in bestimmter Weise zu erkennen geben, darf sich also nicht darauf beschränken, sich von dem anderen Ehegatten zu trennen, faktisch die Ehe nicht fortzusetzen. Ob, nachdem die im preußischen Rechte bestehende Klaganmeldung durch die Vorschriften der C.P.O. weggefallen ist, die Erhebung der Klage auf Ungültigkeitserklärung der Ehe erforderlich ist oder ob eine durch einen Gerichtsvollzieher zuzustellende Protestation genügt, bleibt hier dahingestellt, da die Klage auf Ungültigkeitserklärung erst nach Ablauf der in § 41 a. a. O. vorgeschriebenen Frist erhoben ist.

Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

Nr. 2205. III. Sen. 13. Juli 1886. III. 6. 86. Bd. 16, Nr. 32, S. 148.

Eheliche Vormundschaft. (Gem. R.). Die eheliche Vormundschaft des deutschen Rechts charakterisiert sich auch heute noch als ein Ausfluß der ehemännlichen Gewalt, als das Recht des Ehemannes an der Person und dem Vermögen der Frau; sie hat

daher mit der Geschlechts- und der Altersvormundschaft nur den Namen, in der Sache aber nichts mehr gemein. In Preußen ist daher da, wo die eheliche Vormundschaft bestand, die letztere durch den § 102 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 nicht beseitigt worden.

Nr. 2206. III. Sen. 25. Oktober 1881. III. 460. 81. Bd. 5, Nr. 43, S. 165.

Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. (Gem. R.). Die Ehefrau ist nur dann verpflichtet, dem Ehemanne an den von diesem gewählten Wohnort zu folgen, wenn derselbe die zu ihrer standesgemäßen Aufnahme erforderlichen Einrichtungen trifft, mithin auch für eine zum Zwecke des ehelichen Zusammenlebens geeignete Wohnung sorgt. Dem Ehemanne kann jedoch nicht zugemutet werden, vor der Rückkehr der Frau, sogar während der Dauer des durch die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens hervorgerufenen Prozesses, eine Wohnung bereit zu halten, es genügt vielmehr der Regel nach, wenn er nach der Verurteilung und vor der Anordnung etwaiger Zwangsmaßregeln gegen die Ehefrau eine Wohnung beschafft. Nr. 2209.

Nr. 2207. III. Sen. 8. November 1881. III. 466. 81. Bd. 6, Nr. 37, S. 149.

Klage auf eheliche Folge. Revisibilität. Einreden. (Gem. R.). Die Klage auf eheliche Folge (wegen Herstellung des ehelichen Lebens), in § 568 Abs. 1 C.P.O. für zulässig erklärt in Gebieten, wo sie nach dem geltenden Eherechte besteht, bezweckt, die faktische Trennung der Ehefrau, ihr zeitweiliges Entferntbleiben von dem Manne im Prozeßwege zu beseitigen. Folgerichtig können dieser Klage solche Thatumstände entgegengehalten werden, die geeignet sind, das zeitweilige Wegbleiben der beklagten Ehefrau zu rechtfertigen. Die fraglichen Thatsachen brauchen nicht derart zu sein, daß sie zu einer immerwährenden Trennung, zu einer Ehescheidung berechtigen würden. Es liegt kein Grund vor, weshalb jene das zeitweilige Wegbleiben rechtfertigenden Thatumstände nur mittels besonderer Klage auf (vorübergehende) Trennung sollten geltend gemacht und nicht auch im Wege der Einrede gegen die Klage auf eheliche Folge sollten verwertet werden können; nur ist, wenn Letzteres geschieht und von günstigem Erfolge begleitet ist, daran festzuhalten, daß der Ehemann seine Klage, weil sie nur aus einem temporären Rechtsgrunde abgewiesen wurde, von neuem wieder anstellen kann, sobald sich die Verhältnisse in der entsprechenden Weise geändert haben. Als allgemeine Richtschnur dafür, ob Gründe für eine vorübergehende Scheidung bezw. ob gerechte Ursachen für die Entfernung der Ehefrau von ihrem Manne vorhanden sind, wird von der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis der Gesichtspunkt aufgestellt, daß der Ehefrau durch das Benehmen des Mannes ein Zusammenleben mit ihm zu einer unerträglichen Last gemacht sein müsse. Die Revisibilität der vorliegenden Sache kann nicht deshalb beanstandet werden, weil bei dem Ausspruche des Berufungsrichters, daß der Kläger seiner Ehefrau keinen hinreichenden Grund für ihr Entferntbleiben von ihm gegeben habe, nur thatsächliche Feststellungen oder Beweiswürdigungen in Frage stehen. Wie dies Benehmen des Klägers gegen seine Ehefrau vom Standpunkte des Eherechts aus anzusehen ist, ist der Würdigung des Revisionsgerichts nicht entzogen. Nr. 2329. Nr. 2330. Nr. 2208. Nr. 2387. Nr. 2320.

Nr. 2208. III. Sen. 12. Januar 1886. III. 234. 85. Bd. 15, Nr. 40, S. 188.

Eheliche Folge. Gegenseitige unüberwindliche Abneigung als Ehescheidungsgrund. (Gem. R.). Die Zulässigkeit einer Klage auf eheliche Folge nach dem in Betracht kommenden hessischen Rechte ist unbedenklich. Gegen einen derartigen Klaganspruch sind auch Einreden zulässig, welche nicht aus dem etwaigen Rechte des verlassenen Ehegatten, die Trennung der Ehe dem Bande nach zu verlangen, entnommen werden können. Sind diese Einwendungen an sich zulässig und dargethan, so muß diese Klage zurückgewiesen, nicht aber darf die Beklagte mit ihrem Vorbringen zum

besonderen Verfahren verwiesen werden. — Nr. 2207. — Gegenseitige unüberwindliche Abneigung ist im gemeinen protestantischen Kirchenrechte als Ehescheidungsgrund niemals zur vollen Anerkennung gelangt und kann nach der neueren Entwickelung des Eherechts als aufgegeben angesehen werden. Nr. 2334. Nr. 2209.

Nr. 2209. III. Sen. 7. Juni 1889. III. 92. 89. Bd. 23, Nr. 33, S. 162.

Klage auf eheliche Folge. Einwand, der klagende Ehemann besitze keine für die gemeinschaftliche Wirtschaft geeignete Wohnung. (Gem. R.). Der fragliche Einwand betrifft den in der Klage auf eheliche Folge erhobenen Anspruch selbst, ein solcher Einwand ist aber nicht in die Exekutionsinstanz zu verweisen. In letzterer ist er nur zulässig, wenn der Grund, auf dem er beruht, erst nach der Schlußverhandlung neu entstanden ist (§ 686 C.P.O.). Was die Wohnung an sich betrifft, so ist es genügend, wenn dem klagenden Ehemanne eine Familienwohnung zur Verfügung steht, die jederzeit von ihm bezogen werden kann, da er, solange die Frau die Rückkehr verweigert, nicht verpflichtet ist, eine Familienwohnung thatsächlich in Besitz oder Gebrauch zu nehmen oder auch nur bereit zu halten. Nr. 2206. Nr. 2208. Wendet die Frau ein, daß die Ausstattung der Wohnung mit dem zur Führung des Haushaltes nach den Standes- und Vermögensverhältnissen der Eheleute erforderlichen Gegenständen fehlt, so muß sie gegenüber dem auf dem Gesetze beruhenden unbedingten Rechte des Ehemannes, daß die Frau ihm in die Ehe folge, näher darlegen und begründen, worin die Mangelhaftigkeit der Ausstattung besteht, zumal es auch in dieser Beziehung nicht nötig ist, daß der Kläger alles Erforderliche bereits beschafft habe, vielmehr genügen muß, daß er sich zur Beschaffung bereit und vermögend zeigt.

Nr. 2210. IV. Sen. 22. November 1886. IV. 145. 86. Bd. 17, Nr. 50, S. 213.

Anspruch der Ehefrau auf Unterhalt außer dem Hause. (Preuß. R.). Die Annahme ist rechtsirrtümlich, daß der Anspruch der Klägerin auf Verpflegung außer dem Hause ausgeschlossen sei, weil sich die Klägerin vom Beklagten ohne richterliche Ermächtigung entfernt hat (§§ 185, 186, 723—725, II. 1 A.L.R.). Ein rechtmäßiger Grund für die Entfernung der Frau ist überall dann gegeben, wenn auf seiten der Frau ein zwingender Anlaß zur Trennung obwaltet, solche also unter Umständen vorgenommen wird, welche es nicht zweifelhaft lassen, daß der Frau nicht die bösliche Absicht, sich der Pflicht der ehelichen Gemeinschaft rechtswidrig zu entziehen, beiwohnt. Ein solcher zwingender Anlaß zur Trennung kann auch in dem Verhalten des Mannes gegen die Frau gefunden werden, insbesondere wenn der Mann die Frau mißhandelt; denn alsdann kann es der Frau nicht zugemutet werden, dem Manne gegenüber duldend zu verharren und sich fortgesetzt weiterer Unbill auszusetzen. Ob Umstände solcher Art vorliegen, hat der Richter im einzelnen Falle zu beurteilen. In betreff des gemeinen Rechts Nr. 2211. Nr. 3676.

Nr. 2211. III. Sen. 28. Februar 1890. III. 323. 89. Bd. 25, Nr. 32, S. 149.

Voraussetzungen des Anspruches der Ehefrau auf Unterhalt außer dem Hause des Mannes. (Gem. R.). Es ist zwar in der früheren gemeinrechtlichen Praxis wie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt, daß während bestehender Ehe eine Ehefrau nur aus besonderem Rechtsgrunde Alimente außerhalb des Hauses des Ehemannes fordern darf. Im übrigen sind die Voraussetzungen dieses Anspruches von dem Berufungsgericht zu enge begrenzt. Der Weg der Klage ist nicht ausgeschlossen, insbesondere ist durch § 584 C.P.O. nicht ein direkter Zwang zur Erhebung der Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens verordnet und der Klagweg ist namentlich erforderlich, wo ein Eheprozeß nicht stattfindet und wo Ansprüche verfolgt werden, die außerhalb der Zeit eines Eheprozesses liegen. Materiellrechtlich aber ist die Klage auf Zahlung von Alimenten bei feststehender widerrechtlicher Ausschließung der Klägerin

aus dem Hause durch den Beklagten, sei es daß dieser infolge seines Verschuldens das Verbleiben der Klägerin unmöglich gemacht oder ihr nach freiem richterlichen Ermessen ohne unbillige Härte nicht zugemutet werden kann, begründet, solange der Beklagte bei diesem Verhalten beharrt, vorbehaltlich des Rechts jedes der Ehegatten, auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens zu klagen, und unbeschadet des Rechts des Beklagten, durch ordnungsmäßige Wiederaufnahme der Klägerin in sein Haus sich vor der weiteren Verpflichtung zur Zahlung von Alimenten außer dem Hause zu befreien. In betreff des preußischen Rechts Nr. 2210. Nr. 3676.

Nr. 2212. II. Sen. 1. November 1892. II. 198. 92. Bd. 30, Nr. 92, S. 315.

Voraussetzungen der Befugnis der Ehefrau, die Rückkehr in die Ehewohnung zu verweigern und außerhalb der Ehewohnung vom Manne Unterhalt zu fordern. (Rhein. R.). Der Ehemann ist allerdings regelmäßig nur dann verpflichtet, seiner Ehefrau Unterhalt zu gewähren, wenn sie bei ihm wohnt und ihrer Verpflichtung genügt, mit ihm eine gemeinschaftliche Haushaltung zu führen (Art. 214 code civil). Sofern die Ehefrau getrennt von ihrem Ehemann lebt, hat sie nur ausnahmsweise Anspruch auf eine Unterhaltsgewährung, aber nicht nur dann, wenn sie eine Ehescheidungsklage erhoben hat und die Voraussetzungen des Art. 259 code civil vorliegen, sondern auch dann, wenn ihr wegen besonderer Umstände, obgleich ein Ehescheidungsgrund nicht vorliegt, das fernere Zusammenleben mit dem Ehemanne nicht zugemutet werden kann. Dies ist aber nicht auf die Fälle zu beschränken, in denen durch das Zusammenleben die persönliche Sicherheit der Ehefrau gefährdet wird d. h. sie der Gefahr ausgesetzt ist, körperlich mißhandelt und hierdurch an ihrer Gesundheit geschädigt zu werden. Vielmehr muß dieser Anspruch auch in solchen Fällen anerkannt werden, in denen durch das Zusammenleben mit dem Ehemanne, obgleich nicht gerade körperliche Mißhandlungen zu befürchten sind, doch die körperliche oder geistige Gesundheit der Ehefrau in anderer Weise bedroht ist oder sie doch dadurch in eine ganz unwürdige Lage versetzt wird, welcher sie sich nicht auszusetzen braucht. Ein Anspruch auf getrenntes Leben besteht insbesondere in solchen Fällen, wo der Ehemann in hohem Grade dem Trunke ergeben ist und daraus der Ehefrau, abgesehen von dem physischen und moralischen Ekel, der in ihr hervorgerufen wird, täglich neue Aufregungen und Demütigungen bereitet werden, die zu ertragen ihr mit Rücksicht auf ihre Gesundheitsverhältnisse auf die Dauer unmöglich wird.

Nr. 2213. IV. Sen. 15. Dezember 1892. IV. 360. 92. Bd. 30, Nr. 81, S. 276.

Anspruch der Ehefrau, die sich eigenmächtig von dem Ehemanne entfernt hat, gegen diesen auf Herausgabe des noch nicht vier Jahre alten Kindes. § 70, II. 2; §§ 723, 724, II. 1; § 35, I. 3 A.L.R. § 584 C.P.O. (Preuß. R.). Die Revision wendet sich gegen die in dem Berufungsurteile enthaltene Ausführung, daß der Anspruch der Klägerin auf Herausgabe des Kindes zur eigenen Pflege und Erziehung zur Voraussetzung habe, daß ein gesetzlicher Grund vorliege, ihr während des Scheidungsprozesses die Trennung von dem Beklagten zu gestatten, und sieht in dieser Ausführung eine Verletzung des § 70, II. 2 A.L.R. Die Rüge ist nicht begründet. Während des Scheidungsprozesses darf gemäß § 723, II. 1 A.L.R. ein Teil wider den Willen des anderen sich von demselben nicht eigenmächtig absondern. Macht sich ein Teil einer solchen eigenmächtigen Absonderung schuldig, so ist dies in Beziehung auf den anderen Teil eine unerlaubte Handlung, und er überkommt daraus nach § 35, I. 3 A.L.R. zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte. Die sich eigenmächtig vom Manne trennende Frau kann daher nicht von ihm fordern, daß er ihr das noch nicht vier Jahre alte Kind herausgebe. Dies Recht steht ihr vielmehr nur dann zu, wenn nach § 724, II. 1 A.L.R. ihr Getrenntleben aus gesetzlichen Gründen gerechtfertigt erscheint. Auch liegt in der Regel nur in einem solchen Falle ein gesetzlicher Anlaß vor, gemäß

§ 584 C.P.O. im Wege der einstweiligen Verfügung die persönlichen Verhältnisse der Eheleute zu einander und zu den Kindern zu ordnen. Das Berufungsgericht legt deshalb mit Recht darauf das entscheidende Gewicht, ob die Trennung der Ehe aus Gründen gesucht wird, die eine dem Leben oder der Gesundheit der Klägerin drohende Gefahr enthalten (§ 724, II. 1 A.L.R.). Daß diese Voraussetzung zutreffen würde, wenn die von der Klägerin behaupteten Mißhandlungen glaubhaft gemacht wären, nimmt das Berufungsgericht an, es verneint aber die erfolgte Glaubhaftmachung aus thatsächlichen Gründen, die mit der Revision nicht anzufechten sind.

Nr. 2214. I. Sen. 8. Oktober 1881. I. 34. 81. Bd. 5, Nr. 119, S. 415.

Prozeßkostenvorschußpflicht des Ehemannes gegenüber der Ehefrau. (Gem. R.). Die Verbindlichkeit des Ehemannes, seiner Ehefrau, insofern sie nicht hinlängliches eigenes Vermögen zu ihrer Verfügung hat, die Kosten eines gegen ihn selbst zu führenden Prozesses vorzuschießen, erstreckt sich nicht so weit, daß er sie von vornherein für alle möglicherweise erst viel später aufzuwendenden Kosten decken müßte, vielmehr sind die vorzuschießenden Beträge immer nur so abzumessen, daß sie für eine gewisse nach billigem Ermessen abzugrenzende Zeit ausreichen, nach deren Ablauf dann nötigenfalls ein fernerer Vorschuß zu geben ist. Dementsprechend ist auch der nach § 84 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 von dem Auftraggeber dem Rechtsanwalte zu leistende „angemessene" Vorschuß zu gewähren. — Wenn auch nach der richtigen Ansicht die Vorschußpflicht des Ehemannes nicht davon abhängig ist, daß die von der Ehefrau in dem betreffenden Prozesse gegen ihn zu verfolgenden Ansprüche positiv einigen Anschein der Rechtmäßigkeit für sich haben, so kann er doch andererseits nicht für verbunden erachtet werden, seine Frau zum Zwecke einer ganz ersichtlich unzulässigen Rechtsverfolgung mit Kostenvorschuß zu versehen.

Eheverträge.

Nr. 2215. IV. Sen. 11. Oktober 1886. IV. 152. 86. Bd. 17, Nr. 49, S. 210.

Ehe- und Erbvertrag. Form der Errichtung. (Preuß. R.). Es ist dem Berufungsrichter darin beizupflichten, daß für Erbverträge unter Verlobten als Regel die allgemeinen Vorschriften von Erbverträgen (§§ 621 ff. I. 12; §§ 439, 440, II. 1 A.L.R.) maßgebend sind. Im gegebenen Falle handelt es sich jedoch um eine von dem Gesetze ausdrücklich statuierte Ausnahme von der Regel. Diese Ausnahme betrifft den Fall, wenn Ehe- und Erbvertrag in einem und demselben Instrumente errichtet werden. Hier sieht das Gesetz von der Form des Erbvertrages ab und verordnet, daß der ganze Vertrag, also einschließlich der Verabredungen, welche die künftige Erbfolge betreffen, in Rücksicht auf die Form als Ehevertrag beurteilt werden soll. Eheverträge erfordern aber zu ihrer Gültigkeit, daß sie gerichtlich oder vor einem Notar geschlossen oder niedergeschrieben werden (§ 10 Nr. 5, II. 1 A.G.O. §§ 82, 208, 209, II. 1 A.L.R.). Wenngleich nun auch durch diese Form gegen die für Erbverträge bestehende Form insofern eine Erleichterung geschaffen ist, als der Vertrag auch notariell geschlossen werden kann, so folgt daraus doch nicht, daß für die Errichtung eines solchen Vertrages nebenher noch allgemein die Form des Erbvertrages nachgelassen ist, so daß es zulässig wäre, den Vertrag auch privatschriftlich zu errichten und dem Gerichte versiegelt zu übergeben. Vergl. auch § 15, II. 4 A.G.O.

Nr. 2216. II. Sen. 31. März 1882. II. 215. 81. Bd. 7, Nr. 80, S. 285.

Eheverträge Minderjähriger. (Rhein. R.). Ein ohne Mitwirkung der in Art. 1398 code civil genannten Personen errichteter Ehevertrag ist nicht (absolut) nichtig. Der Art. 1398 a. a. O. erweitert nur die Handlungsfähigkeit des minderjährigen Teils, nicht aber schreibt er eine Förmlichkeit vor. Es trifft auch für Eheverträge die allgemeine Regel des Art. 1125 a. a. O. zu, wonach wegen Mangels der Fähigkeit nur dem unfähigen, nicht auch dem fähigen Teile oder dessen Rechtsnachfolgern die Anfechtung

zusteht und aus den Vorschriften über Eheverträge, insbesondere dem im Art. 1395 a. a. O. ausgesprochenen Prinzipe der Unabänderlichkeit kann kein Grund für eine Abweichung von den Grundsätzen über die Anfechtung wegen Handlungsunfähigkeit hergeleitet werden. Das preußische Gesetz vom 12. Juli 1875 über die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen giebt zwar allgemeine Vorschriften über die Handlungsfähigkeit und in § 8 desselben sind nur die Eingehung einer Ehe oder eines Verlöbnisses und letztwillige Anordnungen als Materien bezeichnet, die von diesem Gesetze nicht berührt werden. Daraus folgt jedoch nicht, daß das Gesetz sich auf Eheverträge beziehe, so daß zu diesen die Einwilligung der in Art. 1398 code civil bezeichneten Personen nicht genüge, vielmehr die Zustimmung der im § 2 dieses Gesetzes genannten Personen erforderlich und der § 4 anwendbar sei. Vielmehr stellt sich, abgesehen davon, daß der in Frage stehende Ehevertrag materiell auch eine letztwillige Anordnung enthält (Art. 1082, 1083, 1084 code civil), der Art. 1398 a. a. O. als eine auf einem besonderen mit der Ehe und dem Erbvertrage im Zusammenhange stehenden Prinzipe beruhende Ausnahme von den im code civil enthaltenen allgemeinen Vorschriften über Handlungsfähigkeit dar und Ausnahme dieser Art werden nicht ohne Weiteres durch ein Gesetz aufgehoben, welches die frühere Regel ändert.

Nr. 2217. III. Sen. 8. Januar 1895. III. 239. 94. Bd. 35, Nr. 28, S. 126.

Wirksamkeit eines von einem Minderjährigen unter Zustimmung seines Vormundes abgeschlossenen Erbeinsetzungsvertrages. (Gem. und preuß. R.). Der Kläger hatte die Tochter der Beklagten geheiratet und vor Eingehung der Ehe unter Zustimmung der Beklagten als der Mutter und Vormünderin ihrer damals neunzehnjährigen Tochter mit der Letzteren eine Ehestiftung samt Erbkontrakt abgeschlossen. Nach dem wenige Monate darauf erfolgten Ableben seiner Frau verlangte der Kläger von seiner Schwiegermutter die Herausgabe einer angeblich der Verstorbenen gehörigen Obligation, weil diese auf ihn als durch den Erbvertrag berufenen Erben seiner Frau übergegangen sei. Die Beklagte bestritt die Gültigkeit des Erbvertrages, weil die Verstorbene als Minderjährige auch unter Zustimmung des Vormundes einen gültigen Erbeinsetzungsvertrag abzuschließen nicht befähigt gewesen sei. Beide Vorderrichter haben den Einwand der Beklagten für unbegründet angesehen und nach dem Klagantrage erkannt. Das Reichsgericht hat das Urteil auf die Revision der Beklagten aufgehoben. Das Berufungsgericht geht von einem unrichtigen Standpunkte aus, wenn es für die Frage der Gültigkeit des von der minderjährigen zur Errichtung eines Testaments fähigen Ehefrau des Klägers abgeschlossenen Erbvertrages das entscheidende Gewicht darauf legt, daß die Erblasserin die Fähigkeit besitzen müsse, Rechte aufzugeben, also, um sich des Rechts zum Widerrufe des Erbvertrages vom 25. März 1892 zu begeben, nach § 7 des Gesetzes über die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen vom 12. Juli 1875 noch der Genehmigung des Vormundes bedurft habe und daß, da diese erteilt sei, der Erbvertrag gültig sei. Der Erbeinsetzungsvertrag ist ein Vertrag über die künftige Delation des Erbrechts, ein einheitliches Rechtsgeschäft, das nicht in zwei nebeneinander stehende Rechtsgeschäfte aufgelöst werden kann. Wer einen Erbvertrag schließen will, muß mit den Eigenschaften versehen sein, die sowohl für die Errichtung eines Testaments als zum Abschlusse von Verträgen erforderlich sind. Der Promittent muß fähig sein, letztwillig zu verfügen, und selbständige Verpflichtungsfähigkeit besitzen. Die erstere, die Testierfähigkeit, hat der mündige Minderjährige, die letztere fehlt ihm, und sie kann auch nicht durch die Zustimmung des Vormundes ergänzt werden, weil das vormundschaftliche Amt wie nach gemeinem Recht so auch nach der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 nur die Befugnis zu Verwaltungshandlungen giebt, zu diesen aber die Genehmigung letztwilliger Verfügungen des Mündels nicht gehört. Ist hiernach Volljährigkeit des Promittenten zur Abschließung von Erbeinsetzungsverträgen erforderlich, so kann es keinen Unterschied machen, ob solche Verträge selbständig für sich allein ein-

gegangen oder ob sie, wie dies in manchen Gegenden zu geschehen pflegt, mit einem Ehevertrage oder einer Ehestiftung verbunden werden. Eine Rechtshandlung, zu der dem Handelnden die persönliche Fähigkeit fehlt, ist und bleibt ungültig, wenn sie auch, ohne daß ihre rechtliche Natur verändert würde, in Verbindung mit einem anderen Rechtsakte vorgenommen ist. Allerdings ist in jedem einzelnen Falle sorgfältig zu prüfen, ob in dem Ehevertrage der Abschluß eines Erbvertrages erblickt werden muß oder ob es sich um bloße güterrechtliche Bestimmungen handelt, die in ihrer materiellen Wirkung erbrechtliche Folgen nach sich ziehen können. Diese Prüfung ergiebt jedoch im vorliegenden Falle, daß die Paciscenten den Vertrag vom 25. März 1892 als „Ehestiftung und Erbkontrakt" überschrieben, ihn auch mündlich dem Gericht gegenüber in derselben Weise bezeichnet haben, sodann daß der § 6 die Bestimmung enthält, daß der überlebende Ehegatte des zuerst Versterbenden alleiniger Erbe sein solle und endlich, daß der § 9 den Verzicht der Mutter auf ihr Noterbrecht unter nochmaliger Bezeichnung des Vertrages als „Erbberedung" ausspricht. Aus alledem geht unzweifelhaft hervor, daß die kontrahierenden Eheleute in § 6 ihres Vertrages einen Erbeinsetzungsvertrag gewollt und diesen Willen auch ausgeführt haben.

Nr. 2218. II. Sen. 1. April 1887. II. 373. 86. Bd. 18, Nr. 69, S. 324.

Nacherbsetzung. Vertragsvermächtnis. Strafklausel im Testament. (Rhein. R.). Wenn auch die Bestimmung in dem fraglichen Ehevertrage, daß bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten der Überlebende zur Übernahme aller vorhandenen Liegenschaften des Verstorbenen für den inventarischen Anschlag berechtigt sein soll, diese Berechtigung nicht auf die Sonderliegenschaften des verstorbenen Ehegatten beschränkt, so konnte doch der Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum verneinen, daß jene Bestimmung als Bestandteil des die Gütergemeinschaft regelnden Gedinges (L.R. S. 1497, 1527) zu betrachten und deshalb oneroser Natur sei. Als Verfügung über Gegenstände des künftigen Nachlasses würde sie den L.R. S. 1130 verletzen und sie kann nur als eine der durch die L.R. S. 1093, 1094 zugelassenen Freigebigkeiten rechtliche Geltung haben. Die Zuwendung der hier allein in Frage stehenden Sonderliegenschaften der verstorbenen Ehefrau an den überlebenden Ehemann ist nun in Wahrheit eine freigebige Verfügung zu Gunsten des Letzteren und zwar, da sie sich auf die künftig im Nachlasse befindlichen Liegenschaften bezog, ein Vertragsvermächtnis (L.R. S. 1093, 1082). Daß mit dieser Zuwendung die Auflage verbunden ist, im Falle ihrer Annahme den inventarischen Anschlag der übernommenen Liegenschaften an die gesetzlichen Erben herauszuzahlen, hebt ihre Natur als einer freigebigen Verordnung auf den Todesfall, welche dem Bedachten die freie Wahl der Annahme oder Nichtannahme ließ, nicht auf und steht der Anwendbarkeit des L.R. S. 896 jedenfalls nicht entgegen. Der Erblasser (Ehemann) hat an den fraglichen Liegenschaften, indem er von dem Rechte aus dem Ehevertrage nach dem Tode seiner ersten Ehefrau Gebrauch machte, gegen Bezahlung des Anschlages das Eigentum erworben. Die Gültigkeit der Zuwendung an sich ist nicht angefochten, sie wurde von den Teilungsinteressenten anerkannt und vollzogen, der Erwerb auch ins Grundbuch eingetragen. Damit ist das Eigentum von der ersten Ehefrau unmittelbar auf den Erblasser übergegangen, welcher es nicht etwa erst von den gesetzlichen Erben der Ehefrau erworben hat. Die weitere Bestimmung in dem Erbvertrage, wonach die fraglichen Liegenschaften auf die Descendenten der Ehefrau mit dem Tode des Ehemannes als Überlebenden zurückfallen müssen, konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum dahin auffassen, daß die Zuwendung an den überlebenden Ehemann nach der getroffenen Bestimmung ihre Wirkung behalten sollte und daß die Vorschrift im Ehevertrage nur die Auflage an ihn enthalte, die übernommenen Liegenschaften nicht zu veräußern, vielmehr aufzubewahren und an etwaige Kinder aus der Ehe bezw. Nachkommen von solchen mit seinem Tode zurückgelangen zu lassen, und sonach eine Nacherbsetzung nach L.R. S. 896 annehmen. Diese das Verbot der Nach-

erbsetzung enthaltende Vorschrift verordnet in bewußter Abweichung von Art. 896 code civil nicht die Ungültigkeit der Verfügung in ihrer Gesamtheit, sondern erklärt nur die dem Schenk- oder Vermächtnisnehmer gemachte Auflage, das Empfangene einem Dritten aufzubewahren und zurückzuliefern, für den Belasteten unverbindlich. Der vom Erblasser unterzeichnete Teilungsakt enthält nicht die Schaffung einer neuen Verbindlichkeit; als Anerkennung oder Bestätigung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit betrachtet, würde sie nicht zu Gunsten der Klage verwertet werden können, da eine gesetzlich verbotene Verbindlichkeit auch durch Bestätigung nicht rechtlich wirksam wird (L.R. S. 1131 vergl. mit 1338, 1304). — Nach L.R. S. 1098 durfte der Erblasser seiner zweiten Ehefrau, der mitbeklagten Witwe, in dem später von ihm errichteten Testamente nicht mehr zuwenden, als der Anteil des mindest begünstigten seiner Kinder beträgt, und in keinem Falle mehr als ein Vierteil seines Vermögens. Bei der Berechnung, ob das Maß der nach L.R. S. 1098 zulässigen Freigebigkeit überschritten sei, kommen aber nicht bloß Schenkungen, sondern auch solche Vorteile in Anschlag, welche der spätere Ehegatte durch den Vollzug der Bestimmungen des Ehevertrages empfangen hat, mit Ausnahme des Anteiles an der hälftig zu teilenden Errungenschaft (L R. S. 1527). Das Geding einer im voraus zugesagten bestimmten Abfindungssumme, welches unter L.R. S. 1522 fällt, ist eine solche der nach L.R. S. 1098 der Minderung unterworfenen Zuwendungen im Ehevertrage, jedoch nach L.R. S. 1527 Abs. 3 nur, soweit die angesprochene Abfindung die Hälfte des Gemeinschaftsvermögens übersteigt. Eine weitere Ausdehnung dieses Vorbehalts (etwaiger Minderung) mußte aber auch auf die der beklagten Witwe zuerkannte Nutznießung erfolgen, obgleich diese das Maß der gesetzlichen Nutznießung nach L.R. S. 745a nicht übersteigt; denn auch diese dem überlebenden Ehegatten, welcher in einer Gütergemeinschaft gelebt hat, kraft ehelichen Rechts zustehende lebenslängliche Nutznießung ist in den nach L.R. S. 1098 zu Gunsten des zweiten Ehegatten verfügbaren Vermögensanteil einzurechnen. Vergl. L.R. S. 738a, 1519a, 1535a, 1496. — Die Ungültigkeit der in dem Testamente des Ehemannes enthaltenen Strafklausel: „Für den Fall, daß die von mir getroffenen Verfügungen durch Einsprachen meiner Kinder aus erster Ehe oder auch nur eines von ihnen nicht vollständig zum Vollzuge kommen, setze ich alle meine Kinder erster Ehe auf den Pflichtteil und vermache dasjenige, was ich ihnen entzogen habe, meinen Kindern aus zweiter Ehe als Voraus und als Erbaufbesserung" wird auf L.R. S. 900 gestützt. Das Berufungsgericht hat aber mit Recht angenommen, daß eine solche Strafklausel keineswegs an sich etwas Unsittliches enthält. Dies wäre nur dann der Fall, wenn sie zur Aufrechterhaltung von der öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten widerstreitenden Verfügungen dienen soll, während, wenn lediglich Privatinteressen in Frage stehen, der durch die Klausel gewährte Schutz der getroffenen letztwilligen Anordnungen als ein zulässiger und wirksamer zu betrachten ist.

Eheliches Güterrecht. a) Römisches Dotalrecht.

Nr. 2219. III. Sen. 14. Februar 1890. III. 26. 90. Bd. 25, Nr. 36, S. 177.

Rückgabe der Dos an die Frau zum Zwecke der Alimentation. (Gem. R.). Die Rückgabe der dos zum Zwecke der Alimentation der Frau ist auch schon dann während der Ehe wirksam, wenn der Mann nur annehmen durfte, daß ihre Verwendung zu dem erlaubten Zwecke erfolgen werde (l. 73 § 1 Dig. de jur. dot. 23, 3). Darauf, daß die Absicht auch wirklich ausgeführt worden, kommt es nicht an.

Nr. 2220. III. Sen. 20. September 1892. III. 136. 92. Bd. 30, Nr. 36, S. 119.

Wirkung des Verbotes der Rückgabe der Dos während Bestehens der Ehe. (Gem. R.). Bei einer amtsgerichtlichen Verhandlung zwischen den Eheleuten L. hatte der Ehemann die Erklärung abgegeben, seine Ehefrau, die jetzige Klägerin, habe ihm einen Brautschatz von 6000 Mk. in die Ehe gebracht; er wolle nach Amerika auswandern, während Frau

und Kinder zurückbleiben, er gebe daher seiner Ehefrau den Betrag ihres Brautschatzes zurück, teils damit sie davon Schulden bezahle, teils damit sie für sich und die Kinder zu leben habe. Unter den infolgedessen der Ehefrau L. übertragenen Vermögenswerten befand sich auch die jetzt eingeklagte Wechselforderung, gegen deren Geltendmachung durch die Ehefrau L. der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation aus dem Grunde erhoben wurde, weil die Übertragung der Forderung auf einer verbotenen Rückgabe der Dos beruhe. Der Berufungsrichter hat diese Einrede aus dem Grunde zurückgewiesen, weil sie nach den Verhältnissen des konkreten Falles als eine exceptio ex jure tertii zu betrachten sei. Dieser Entscheidungsgrund ist nicht zu billigen. Als Grund des Verbotes der Rückgabe der Dos während bestehender Ehe wird in den Quellen bezeichnet, daß eine solche vorzeitige Rückgabe der Dos als eine Schenkung unter Ehegatten anzusehen sei. Vergl. l. 28 Dig. de pact. dot. 23, 4; c. 1 Cod. si dos 5, 19; Nov. 22 cap. 39. Nach der Ansicht des Reichsgerichts unterliegen Schenkungen zwischen Ehegatten nicht bloß der Anfechtung seitens des Schenkers, sondern es sind nichtige Rechtsakte dergestalt, daß sich jeder Dritte auf diese Nichtigkeit berufen kann. Nr. 635. Folgerichtig müssen auch diejenigen Schenkungen zwischen Ehegatten, die in vorzeitiger Rückerstattung der Dos bestehen, in gleicher Weise für unwirksam und nichtig erklärt werden. Jedoch ist die Einrede aus einem anderen Grunde zu verwerfen. Das Verbot der Rückgabe der Dos ist kein unbedingtes, es läßt vielmehr Ausnahmen zu, die in l. 73 Dig. de jur. dot. 23, 3 aufgeführt sind. Die Zweckbestimmung der l. 73 a. a. O. „ut se suosque alat" ist in dem amtsgerichtlichen Protokoll ausdrücklich ausgesprochen; auch besteht kein Streit darüber, daß der Ehemann seine Frau als uxor non perditura im Sinne der gedachten Gesetzesstelle hat betrachten dürfen. Was die thatsächliche Veranlassung der mit jener Zweckbestimmung versehenen Rückgabe der Dos war, ist nicht erheblich; eine Verbotsausnahme liegt immer vor, wenn die Rückgabe zu einem nach dem Gesetze erlaubten Zwecke geschieht. Deshalb kann es hier auch nicht darauf ankommen, ob die Auswanderung des Ehemannes, die nach dem Protokoll den Anlaß zu der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung zwischen der Klägerin und ihrem Ehemanne gebildet hat, wirklich beabsichtigt wurde oder nicht, da die vorerwähnte Zweckbestimmung für die Herausgabe des Brautschatzes unverändert geblieben ist.

Nr. 2221. III. Sen. 15. Februar 1889. III. 267. 88. Bd. 22, Nr. 45, S. 219.

Zeit der Entstehung des Eigentumsanspruches der Ehefrau an Dotalsachen bei Vermögensverfall des Ehemannes. c. 30 Cod. de jur. dot. 5, 12. (Gem. R.). Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, daß die dos bei der inopia des Ehemannes ipso jure ex nunc an die Ehefrau zurückfällt und daß sich die Zeit des Rückfalles nicht durch einen bestimmten äußeren Vorgang oder Zustand bestimmt, in welchem sich die inopia Jedermann erkennbar ausprägt. Die Ehefrau hat bei der inopia ebenso wie bei der Auflösung der Ehe die rei vindicatio auf die noch im Vermögen des Ehemannes vorhandenen Dotalsachen und diese der Ehefrau aus ihrem eigenen Rechte gewährte und auch gegen den Ehemann selbst statthafte Klage kann nur im Eigentumsrechte der Ehefrau wurzeln, setzt also einen Rückfall der Dos von dem Ehemanne, dem bisherigen Eigentümer, an die Ehefrau voraus, wobei die vom Ehemanne bis dahin getroffenen Verfügungen aufrecht erhalten bleiben. Der Rückfall und damit die Nativität der Klage tritt bei unzweifelhaftem Vermögensverfalle des Ehemannes und der dadurch herbeigeführten Gefährdung der Dos ein. Der Vermieter gewinnt daher an den vom insolventen Ehemanne inferierten Dotalsachen ebensowenig ein Pfandrecht wie an solchen Sachen, welche Dritten gehören und vom Mieter inferiert werden. Nr. 3185. Nr. 2223.

Nr. 2222. III. Sen. 13. Oktober 1885. III. 142. 85. Bd. 14, Nr. 55, S. 217.

Stillschweigende Bestellung einer Dos. Beweislast bei der **condictio causa data causa non secuta.** (Gem. R.). Die Frage, ob und unter welchen Voraus-

setzungen eine stillschweigende Bestellung einer Dos anzunehmen sei, ist streitig. Die Ansicht, daß eine Vermutung dafür spreche, daß das Vermögen, welches die Frau dem Manne bei Eingehung der Ehe ohne Vorbehalt zubringt oder welches von dem Vater der Frau dem Manne gegeben wird, die rechtliche Natur der Dos habe, ist durch das Präjudiz vom 26. Januar 1841 für die Provinz Hannover beseitigt. Denn es ist in demselben ausgesprochen: „Zum Beweise der Dotalqualität solcher Sachen und Gelder, welche der Ehemann von der Frau erhalten hat, ist der bloße Beweis der geschehenen Illation nicht in jedem Falle unbedingt genügend, sondern es muß die Bestimmung der inferierten Gegenstände zur Bestreitung der Lasten des Hauswesens erhellen, und auf diese ist nicht unbedingt aus dem Umstande zu schließen, daß die Sachen oder Gelder schon bei oder kurze Zeit nach der Eingehung der Ehe inferiert worden sind.“ Diese Bestimmung muß auch Anwendung finden, wenn die Gelder oder Sachen dem Ehemanne nicht von der Frau selbst, sondern von deren Vater bei oder kurz nach Eingehung der Ehe gegeben sind. Danach konnte im vorliegenden Falle aus dem vom Berufungsgericht geltend gemachten Umstande allein, daß die in Rede stehenden Zahlungen dem Beklagten (Ehemanne) von dem Vater der Klägerin (Ehefrau) bei bezw. kurz nach Eingehung der Ehe gemacht waren, die Dotalqualität derselben nicht abgeleitet werden. Es war aber nicht Sache der Klägerin, Thatsachen anzuführen und zu beweisen, aus denen zu entnehmen ist, daß die Zahlungen im vorliegenden Falle abweichend von der Regel, nicht in der Absicht gemacht seien, eine Dos zu bestellen, sondern es war Sache des Beklagten, Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche in Verbindung mit den vorliegenden Umständen der Zahlung bei bezw. kurze Zeit nach Eingehung der Ehe durch den Vater der Klägerin die Annahme begründen, daß die Zahlungen an ihn gemacht seien zum Zwecke der Bestreitung der Lasten des Hauswesens.

Nr. 2223. III. Sen. 27. März 1896. III. 416. 95. Bd. 37, Nr. 42, S. 161.

Bedeutung des Verbotes der Veräußerung von Dotalsachen. (Gem. R.). Die Beklagte (Ehefrau) hat, nachdem ihr Ehemann in Zahlungsschwierigkeiten geraten und im August 1892 seinen Gewerbebetrieb (Selterswasser- und Essigfabrik sowie Flaschenbierverkauf) bei der Behörde abgemeldet, die Beklagte aber bald darauf einen gleichartigen Betrieb bei der Behörde angemeldet hatte, am 29. November 1892 vom Kläger ein Darlehen von 3000 Mk. erhalten und an demselben Tage mit dem Kläger über eine Menge beweglicher Sachen einen schriftlichen Vertrag geschlossen, worin sie diese Gegenstände dem Kläger für 3000 Mk. verkaufte, die Kontrahenten die Kaufgelderforderung gegen die Darlehnsforderung aufrechneten, die Beklagte die verkauften Sachen mietete und sich an diesen Sachen ein Vorkaufsrecht bis zum 1. Januar 1896 einräumen ließ. Der Kläger fordert jetzt von der Beklagten nach Kündigung des Mietvertrages die ihm verkauften und nach seiner Behauptung auch tradierten Sachen, und das Landgericht hat nach dem Klagantrage erkannt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Es hält die gegen das Veräußerungsverbot c. 29 Cod. de jur. dot. 5, 12 erfolgte Veräußerung auch bei Einwilligung des Ehemannes für nichtig. Auf die Revision des Klägers ist das Berufungsurteil aufgehoben. Es kann nicht angenommen werden, daß die Nichtigkeit einer von der Ehefrau nach Rückfall der Dotalsachen vorgenommenen Veräußerung unter keinen Umständen durch die Einwilligung des Ehemannes abzuwenden ist. Die bei inopia des Ehemannes ipso jure ex nunc (Nr. 2221) an die Ehefrau zurückfallenden Dotalsachen sollen für die Ehe erhalten werden; der Frau ist die Veräußerung untersagt und die Benutzung zum Besten der Ehe geboten. Eine von ihr einseitig vorgenommene Veräußerung ist daher nichtig und präjudiziert nicht dem Rechte des Ehemanns auf Erhaltung der Dotalsachen. Hieraus kann aber nicht die absolute Unveräußerlichkeit der zurückgefallenen Dotalsachen während der Dauer der Ehe hergeleitet werden. Es ist vielmehr geboten, die Neuerung Justinians im Zusammenhange mit

den übrigen dotalrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen. Nun kennt das Dotalrecht gewisse Fälle (vergl. l. 73 § 1 Dig. de jur. dot. 23, 3 und l. 20 Dig. sol. matr. 24, 3), in denen der Ehemann der uxor non perditura die Dos vor Auflösung der Ehe gültig mit der Folge zurückgeben darf, daß einerseits der Ehemann an die Zurückgabe gebunden, andererseits die Zurückgabe für die Frau dahin verbindlich ist, daß sie die Dos nach Auflösung der Ehe nicht noch einmal fordern kann. Es handelt sich in diesen Fällen um die Verwendung der Dos für bestimmte Zwecke der Ehefrau selbst, deren Erreichung für wichtiger erachtet ist als die Erhaltung der Dos zu ihrem ursprünglichen Zwecke. Es kann nun um so weniger angenommen werden, daß eine solche Dosverwendung durch die Neuerung Justinians hat beseitigt werden sollen, als die Absicht des Gesetzgebers unverkennbar auf eine Verbesserung der rechtlichen Lage der Ehefrau gerichtet gewesen ist. Allerdings ist eine Zurückgabe der Dos nicht mehr ausführbar, wenn sich der Rückfall bereits ipso jure vollzogen hat; allein der in jenen Vorschriften enthaltene Rechtsgrundsatz, daß der Ehemann zur Erreichung gewisser Zwecke der Ehefrau auf seine Rechte an der Dos in gültiger Weise verzichten darf, wird hierdurch nicht beseitigt und kann insbesondere auch in der Form der Zustimmung des Ehemannes zu einer Veräußerung der Frau Ausdruck finden. Von diesem Gesichtspunkte aus ist die vom Kläger behauptete Einwilligung des Ehemannes der Beklagten von rechtlicher Bedeutung, wenn sich die Veräußerung unter solchen Verhältnissen vollzogen hat, unter denen vor der inopia des Ehemannes die Zurückgabe der Dos für beide Ehegatten in verbindlicher Weise erfolgen konnte. Hat nun, wie der Kläger behauptet, die Beklagte nach dem Vermögensverfalle des Ehemannes das von dem Letzteren betriebene Geschäft fortzuführen gesucht, hat sie zu diesem Zwecke eine Anleihe aufgenommen und zur Tilgung oder zur Sicherheit dieser Anleihe die zurückgefallenen Dotalsachen veräußert, so erscheint es keineswegs von vornherein ausgeschlossen, daß der Fall der l. 73 § 1 Dig. de jur. dot. 23, 3 oder der l. 20 Dig. sol. matr. 24, 3 — ut aes alienum solvat se suosque alat etc. — vorgelegen hat. Es war daher aus diesem Gesichtspunkt weitere Verhandlung geboten.

b) Gemeines und partikuläres deutsches Recht.

Nr. 2224. III. Sen. 7. März 1882. III. 557. 81. Bd. 6, Nr. 123, S. 393.

Statutenkollision beim ehelichen Güterrechte. Revisibilität eines aus allgemeinen Rechtsprinzipien hergeleiteten Rechtssatzes. (Gem. R.). Das gesetzlich eintretende Güterrecht der Ehegatten bestimmt sich nach dem Gesetze des Ortes, wo der Ehemann zur Zeit der Verheiratung sein Domizil hat. Die spätere Veränderung des Domizils ist für das einmal begründete Güterrecht ohne Belang, dasselbe bleibt bestehen, solange es durch die Beteiligten selbst nicht geändert wird. Für die beklagten Eheleute, die früher in Baden, nun in Wiesbaden wohnten, ist daher, da ein Prohibitivgesetz, dem zufolge die Zulassung fremder Ehegüterrechte im vormals nassauischen Gebiete untersagt wäre, nicht existiert, das Güterrecht des badischen Landrechts maßgebend geblieben. Die Bestimmung des badischen Rechts, wonach Ehefrauen ohne Genehmigung des Ehemannes nicht gültig kontrahieren können, ist nach der zu billigenden Ansicht des Berufungsgerichts kein Ausfluß des ehelichen Güterrechts, sondern stellt sich als eine aus der alten Geschlechtskuratel fließende Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Ehefrauen, mithin als eine den Personenstand berührende Vorschrift dar, so daß in Ansehung des von der beklagten Ehefrau eingegangenen der Klage zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts nur das an dem jetzigen Domizil der Eheleute geltende Personenrecht zur Anwendung kommen kann, wonach sich die beklagte Ehefrau durch den mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrag rechtsgültig verpflichten konnte und verpflichtet hat. Die Nachprüfung dieser Deduktionen in der Revisionsinstanz ist, soweit es sich um Grundsätze des sogen. internationalen Privatrechts handelt, zulässig, sie ist aber auch insoweit, als das angefochtene Urteil auf badisches Recht Bezug nimmt, nicht ohne Weiteres gehindert. Denn der vorige Richter hat keineswegs nur den Inhalt dieses im gegenwärtigen Rechtsstreite

der Revision entzogenen Partikularrechts festgestellt, sondern er hat daraus unter Zuhilfenahme allgemeiner Rechtsbegriffe diejenige Schlußfolgerung gezogen, auf der seine eigentliche Entscheidung beruht. Dadurch, daß er die zur Entscheidung stehende Frage, wie nach den Grundsätzen über die örtlichen Grenzen des Rechts das von der beklagten Ehefrau abgeschlossene Rechtsgeschäft zu beurteilen sei, und weiter die Frage, wovon jene Entscheidung abhängt, ob nämlich die gedachte Bestimmung des badischen Rechts als zum ehelichen Güterrechte oder zum Gebiete des Personenrechts gehörig zu betrachten ist, nicht auf Grund einer partikularrechtlichen Vorschrift, sondern nach allgemein rechtlichen Gesichtspunkten beantwortet hat, ist eine Entscheidung getroffen, die der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterliegt, und die Anwendung des § 525 C.P.O. ausgeschlossen.

Nr. 2225. III. Sen. 18. April 1882. III. 127. 81. Bd. 6, Nr. 62, S. 223.
Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts. Gerichtspraxis. (Gem. R.). Das bei Ermangelung von Eheverträgen unter Eheleuten durch die Gesetze ihres ersten Wohnsitzes begründete eheliche Güterrecht erleidet durch den Umzug derselben in ein anderes Rechtsgebiet keine Umänderung, soweit nicht der Beibehaltung desselben verbietende Gesetze des neuen Wohnortes entgegenstehen. Das Güterrecht, welches die Eheleute beim Beginn ihrer Ehe, gleichviel ob durch Vertrag oder infolge der Gesetze ihres ersten Wohnsitzes, annehmen, tritt unter ihnen (unbeschadet ihrer Befugnis zu vertragsmäßigen Abänderungen desselben) in Kraft mit der Bestimmung, die ganze Dauer ihrer Ehe zu beherrschen, und wird somit durch seine Entstehung für die ganze Dauer ihrer Ehe begründet. — Die Vorinstanz hat nachgewiesen, daß in den hier in Betracht kommenden holsteinischen Partikulargesetzen eine Anerkennung des Grundsatzes der Wandelbarkeit des ehelichen Güterrechts nicht enthalten ist. Für die Annahme eines entsprechenden dortigen Gewohnheitsrechtes läßt sich weiter nichts anführen als die Thatsache, daß in den holsteinischen Gerichten lange Zeit die Ansicht, daß die gemeinrechtliche Kontroverse im Sinne der Wandelbarkeitstheorie zu entscheiden sei, für richtig gehalten und konstant befolgt worden ist; es kann aber in dieser Gerichtspraxis, die nur auf einer für unrichtig zu erachtenden Rechtsanschauung beruht hat, ein Gewohnheitsrecht nicht gefunden werden. Nr. 1903. Nr. 2288.

Nr. 2226. III. Sen. 29. Mai 1883. III. 407. 82. Bd. 9, Nr. 19, S. 92.
Ausschluß der Gütergemeinschaft. (Gem. R.). Nach gemeinem Recht steht den Ehegatten frei, das eheliche Güterrecht vertragsmäßig zu bestimmen. Verträge über den Ausschluß der Gütergemeinschaft bedürfen, um gegen Dritte zu wirken, keiner öffentlichen Bekanntmachung.

Nr. 2227. III. Sen. 10. Oktober 1882. III. 280. 82. Bd. 7, Nr. 51, S. 158.
Allgemeine Gütergemeinschaft. Haftung für die Deliktsschulden der Ehefrau. (Gem. R.). Die Wirkung der allgemeinen Gütergemeinschaft geht dahin, daß sowohl die Aktiva als die Schulden beider Eheleute gemeinschaftlich werden. Die Verwaltung des beiderseitigen Vermögens und die Verfügung über dasselbe liegt in der Hand des Mannes. Soweit dies Recht des Mannes reicht, fehlt der Frau die rechtliche Befugnis, die gemeinschaftliche Masse durch ihre Rechtsgeschäfte mit Schulden zu belasten. Diese Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der Frau ist ein Ausfluß der Mundialgewalt des Mannes nach deutschem Rechte. Der Mann vertritt bei der Disposition über das gemeinsame Gut die Frau. Weiter ist jedoch die Handlungsfähigkeit der Frau nicht beschränkt. Innerhalb des ihr zustehenden Wirkungskreises, also namentlich bei Haushaltungsausgaben, kann sie die Gemeinschaft gültig verpflichten. Dasselbe muß auch für Delikte der Frau gelten. Sie gehören nicht zu den Rechtsgeschäften. Die aus

ihnen entspringenden vermögensrechtlichen Wirkungen sind nicht Zweck, sondern Folge der Handlung. Es wird nicht durch freien Willensakt dem Dritten ein Recht eingeräumt, sondern ihm ein Unrecht zugefügt, das aus dem Vermögen des Handelnden nach gesetzlicher Vorschrift wieder gut zu machen ist. Wie die strafrechtliche Handlung der Frau für Delikte außer Frage ist, so muß auch für die civilrechtlichen Folgen derselben, weil es sich nicht um einen Eingriff in die dem Manne vorbehaltene Vermögensverwaltung durch Rechtsgeschäfte handelt, die allgemeine Regel der Gütergemeinschaft zur Anwendung kommen, daß das vereinte Gut für die Schulden beider Ehegatten haftet. Nr. 2251. Nr. 2228. Nr. 3789.

Nr. 2228. III. Sen. 17. Mai 1892, III. 32. 92. Bd. 29, Nr. 33, S. 134.

Rechtsgeschäftsfähigkeit der Ehefrau bei bestehender Gütergemeinschaft. (Gem. R.). Die Beklagte beauftragte während bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft selbständig den Kläger mit der Ausführung von Börsengeschäften für ihre Rechnung. Die daraus für den Kläger bis 1. November 1890 entstandene Forderung ist Gegenstand der Klage. Am 13. Mai 1890 haben die Eheleute die Gütergemeinschaft aufgehoben. Die Entscheidung hängt allein von der Beantwortung der Rechtsfrage ab, ob sich die Beklagte durch die in der Klage bezielten außerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises liegenden Rechtsgeschäfte während bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft rechtsgültig verpflichten konnte oder nicht. Aus den gemeinrechtlichen Grundsätzen der allgemeinen Gütergemeinschaft folgert das Berufungsgericht die Rechtsungültigkeit der von der Ehefrau außerhalb der Schlüsselgewalt eingegangenen Rechtsgeschäfte dergestalt, daß diese auch nach Aufhebung der Ehe oder der Gütergemeinschaft nicht gegen sie geltend gemacht werden dürfen. Zur Begründung dieser Entscheidung ist unter Bezugnahme auf Sachsenspiegel I. 31, § 2 und auf die Entscheidungen des Reichsgerichts in den Fällen Nr. 2250. Nr. 2227 ausgeführt, daß die Mundialgewalt dem Ehemanne in der allgemeinen Gütergemeinschaft unbegrenzte Vertretungs- und Verwaltungsrechte über das gemeinschaftliche Vermögen verleihe und aus dieser Grundlage seiner Rechte die völlige Rechtsungültigkeit solcher Rechtsgeschäfte abzuleiten sei, die die Ehefrau ohne seine Zustimmung über den Kreis ihrer häuslichen Wirksamkeit hinaus geschlossen habe. Diese rechtliche Beurteilung konnte nicht gebilligt werden. Die nach dem Rechte des Sachsenspiegels unbeschränkte Munt des Ehemannes hob die Handlungsfähigkeit der Ehefrau nicht auf, sondern sie war eine Schutzgewalt, vermöge deren freilich der Ehemann jede Veräußerung seitens der Ehefrau verhindern und auf Grund der ihm am Frauengute zustehenden „rechten Gewere" von ihr veräußerte Vermögensgegenstände vindizieren konnte. Die nachfolgende Rechtsentwickelung hat die Handlungsfähigkeit der Ehefrau nicht beschränkt, sondern dieser durch Anerkennung der dem Sachsenspiegel noch fremden Schlüsselgewalt und der Zulässigkeit des Vorbehaltes eines Sondergutes eine beschränkte vom Willen des Ehemannes unabhängige Dispositionsbefugnis zugestanden, so daß schon nach dem sächsischen Rechte des Mittelalters Rechtsgeschäfte und Schulden der Ehefrau nicht nichtig waren, sondern nur der Ehemann die Haftung mit dem seiner Verwalung unterstehenden Gute ablehnen konnte. Erst in späterer Zeit ist es unter dem Einflusse der Anschauungen des römischen Rechts versucht werden, das Rechtsverhältnis der Ehegatten in der allgemeinen Gütergemeinschaft in anderer Weise zu beurteilen, die Rechte des Ehemannes aus römischrechtlichen Gesichtspunkten zu erklären, die Munt der Altersvormundschaft zu vergleichen und daraus die Nichtigkeit von Rechtshandlungen der Ehefrau herzuleiten. Diese Ansicht einzelner Rechtslehrer hat zwar vereinzelt auch in der Praxis der Gerichte Eingang gefunden und es steht eine erhebliche Anzahl neuerer Partikulargesetze auf der Grundlage der Annahme der beschränkten Handlungsfähigkeit der Ehefrau. Es ist jedoch bei der völligen Verschiedenheit der Grundlagen und der Entwickelung der Munt und der Altersvormundschaft unzulässig, von der letzteren auf erstere zu schließen, und es muß für das Geltungsgebiet der allgemeinen deutschen Gütergemeinschaft als Satz

des geltenden Rechts anerkannt werden, daß die Handlungsfähigkeit der Ehefrau nicht beschränkt ist, sondern nur ihre Dispositionsbefugnis in dem Sinne, daß der Ehemann die seiner Verwaltung unterstehende gemeinschaftliche Gütermasse nicht zur Deckung ihrer während der Ehe kontrahierten Schulden preiszugeben verpflichtet ist. Die Ehefrau kann sich daher auch während der Ehe rechtsgültig verpflichten, klagen und beklagt werden, und den Gläubigern ist es unbenommen, ihre Befriedigung demnächst aus dem aus der Gemeinschaft zurückgegebenen Vermögen zu suchen. In früheren Entscheidungen des Reichsgerichts ist lediglich auf die Munt als die Rechtsquelle der Befugnisse des Ehemannes verwiesen und dabei im Falle Nr. 2251 hervorgehoben worden, daß sie später vielfach modifiziert und klare Konsequenzen nicht gezogen sind. Die rechtliche Nichtigkeit von Rechtsgeschäften der Ehefrau ist im Falle Nr. 2227 nicht angenommen, sondern nur, daß ihr die rechtliche Befugnis fehle, die gemeinschaftliche Masse insoweit wirksam mit Schulden zu belasten, wie das Recht des Ehemannes zur Verwaltung des beiderseitigen Vermögens reiche. Die Entscheidung im Falle Nr. 2250 beruht auf der speziell in Bezug genommenen Vorschrift eines Partikularrechts, und es ist schon im Falle Nr. 2249 betont worden, daß hieraus allgemeine Folgerungen nicht zu ziehen sind.

Nr. 2229. I. Sen. 5. April 1882. I. 205. 82. Bd. 6, Nr. 57, S. 208.

Früchte des Nießbrauches. (Gem. R.). Die während bestehender Errungenschaftsgemeinschaft von dem Ehemanne vermöge eines ihm testamentarisch vermachten Nießbrauchs gezogenen Nutzungen gehören zur ehelichen Errungenschaft, sie bilden die Frucht des Nießbrauches, nicht aber sind bloß die von diesen Nutzungen gezogenen Nutzungen dazu zu zählen (Vergl. l. 7 § 2 Dig. de jur. dot. 23, 3; l. 10, l. 12 Dig. quando dies leg. 36, 2; l. 1 pr. Dig. quando dies usufr. 7, 3). Das römische Recht faßt den Nießbrauch als eine einheitliche Berechtigung auf, aus welcher das Recht auf die vermöge des Nießbrauchs zu ziehenden Nutzungen als eine Frucht von selbst erwächst, wie auch nach deutschem Rechte bei Reallasten, z. B. Auszugs- (Altenteils-) Berechtigungen sich das Recht auf die einzelnen Leistungen als Frucht des Gesamtrechts darstellt.

Nr. 2230. III. Sen. 10. Dezember 1880. III. 632. 80. Bd. 3, Nr. 57, S. 203.

Rückforderung der Illaten während bestehender Ehe. (Gem. R.). Nach deutschrechtlichen Grundsätzen, wenigstens nach denjenigen des deutschfränkischen ehelichen Güterrechts, ist alles Vermögen der Ehefrau, das nicht durch einen bei Eingehung der Ehe gemachten Vorbehalt der Verfügung des Ehemannes entzogen wurde, als Illat anzusehen, zu dessen Rückforderung die Frau nur unter denselben Voraussetzungen berechtigt erscheint, unter denen sie nach Dotalrecht die Rückerstattung der Brautgabe (Dos) verlangen kann. Außer dem Falle des Konkurses dürfen die Illaten nur bei eintretender Verarmung des Mannes zurückgefordert und zurückgegeben werden. Solcher Fall liegt nicht vor, wenn sich der Mann schon bei Eingehung der Ehe (Hingabe der Illaten) in zerrütteten Vermögensverhältnissen befunden hat. Die Annahme, daß jede Überlassung des vorbehaltenen Vermögens der Frau (des sogen. Rezeptitienguts) an den Ehemann während der Ehe einen Verzicht auf den Vorbehalt in sich schließe, ist nicht begründet. Die Frau kann nach der Regel selbst während der Ehe Rechtsgeschäfte über das Rezeptitiengut unbeschränkt mit dem Manne abschließen; sie kann ihm solches ganz oder teilweise in die Verwaltung geben, auch bares Geld unter besonderem Rechtstitel behändigen, ohne daß dadurch die Natur jenes eheweiblichen Vermögens geändert würde. Sogar die Thatsache, daß der Mann, nachdem er das Rezeptitiengut als solches empfangen, dasselbe in seinen Nutzen verwendet, enthält für sich allein noch keine Illation, eine solche würde vielmehr nur darin gefunden werden können, daß die Frau das ur-

sprünglich vorbehaltene Vermögen dem Manne zur Nutznießung oder unter Umständen überträgt, die eine Beiwendung in die Ehe mit rechtlicher Notwendigkeit mit sich führen. Nr. 3562. Nr. 2231.

Nr. 2231. III. Sen. 10. Dezember 1880. III. 632. 80. Bd. 3, Nr. 57, S. 203.

Praesumtio Muciana. (Gem. R.). Ein Zweifel darüber, daß die im Falle Nr. 2230 dem Beklagten zwangsweise überwiesene Hypothekenforderung der Klägerin zusteht, der Ehemann der Letzteren hatte beim Verkauf seines Hauses während der Ehe den Käufer angewiesen, einen Teil des Kaufpreises an seine, des Verkäufers Ehefrau, die Klägerin, auf deren Vermögen zu zahlen, der Letzteren auch einen auf ihren Namen lautenden Hypothekenbrief zur Deckung überwiesen, und auf diese Forderung hatte der Beklagte als Gläubiger des Mannes Beschlag gelegt, kann gar nicht erhoben werden, da diese Forderung auf den Namen der Ehefrau eingetragen ist. Insofern greift auch die sogen. Mucianische Präsumtion nicht Platz. Gleichwohl muß die Klägerin den Nachweis führen, daß sie sich vor oder bei Eingehung der Ehe das fragliche Kapital, zu dessen Deckung ihr die Hypothek überwiesen worden, vorbehalten habe. Denn der Hypothekenbrief ist auf Grund einer von dem Ehemann der Klägerin während bestehender Ehe vollzogenen Cession auf die Ansprüche der Letzteren wegen ihres eheweiblichen Vermögens gewährt worden. Sowie nun, wenn der Ehemann einen derartigen mit der Frau geschlossenen Rechtsakt als rechtsungültig angreift, die Ehefrau darthun muß, daß der Erwerb ein gesetzlich gebilligter sei, so muß sie dies auch gegenüber dem Beklagten, der durch Zwangsüberweisung an die Stelle des Mannes getreten ist. Nr. 3562.

Nr. 2232. III. Sen. 22. Juni 1886. III. 123. 86. Bd. 16, Nr. 27, S. 134.

Vertrag über eheliches Güterrecht. Begründung von Reallasten mit Wirkung gegen Dritte durch Vertrag. Stellung der Hofesgläubiger gegen den Wirt. (Gem. R.). Das deutsche Recht gestattet den Eheleuten auch gegen Dritte wirksame vertragsmäßige Verfügungen über ihr Güterrecht, insbesondere auch die Ausschließung des gesetzlich geltenden Güterrechtes, soweit nicht das Gesetz Schranken setzt oder die Verträge dem Wesen der Ehe widerstreiten oder Rechte Dritter verletzen. Das Höfegesetz vom 2. Juni 1874 (in der Provinz Hannover) aber verbietet nicht die vertragsmäßige Einführung des für die früher geschlossenen Ehen in gesetzlicher Geltung gebliebenen Rechtes. Beim Fehlen entgegenstehender hannoverscher Rechtsnormen und bei der nicht zu bezweifelnden Absicht der Kontrahenten ist davon auszugehen, daß durch den Vertrag vom Jahre 1877 der von dem Kläger jetzt eingeklagte Altenteil, welcher ursprünglich auf dem Hofe 1 haftete, mit dinglicher Wirkung auf den Hof 2 gelegt worden ist. Daß nach älterem Rechte Reallasten mit voller dinglicher Wirkung durch Vertrag begründet werden konnten, wenn hierauf die Absicht der Kontrahenten gerichtet war, ist anerkannt; es muß daher dem Vertrage auch noch heute diese Wirkung beigemessen werden, soweit nicht Partikularrecht entgegensteht. Ob der Singularsuccessor des belasteten Grundstückes für die aus der Besitzzeit seines Vorgängers rückständigen Leistungen aus Reallasten in Anspruch genommen werden kann, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn die Ehefrau des Beklagten hat im Vertrage mit ihrem von der Wirtschaft zurücktretenden Vater alle Schulden und Lasten des Hofes übernommen, und die eingeklagten Rückstände waren Schulden des Hofes. Aus solcher Schuldübernahme in Verbindung mit der Gutsnachfolge haftet aber der neue Wirt ohne Weiteres nach bäuerlichem Rechte auch persönlich für die Hofesschulden, so daß die Hofesgläubiger, auch ohne dem Vertrage beigetreten zu sein, sich mit ihrer persönlichen Klage gegen den neuen Erwerber wenden können. Es ist daher die Ehefrau des Beklagten auch persönlich zur Zahlung der eingeklagten Rückstände verpflichtet, und wenn der Beklagte dieselbe nach seinem

Ehevertrage in allen gerichtlichen mit der Hofeswirtschaft in Verbindung stehenden Angelegenheiten zu vertreten hat, so ist auch die Klage wegen der Rückstände mit Recht gegen ihn erhoben worden.

Nr. 2233. I. Hilfs-Sen. 2. Dezember 1879. IV a. 383. 79. Bd. 1, Nr. 39, S. 89.

Die Witwe als Vertreterin im Prozesse bei fortgesetzter Gütergemeinschaft nach nassauischem ehelichem Güterrecht. (Gem. R.). Nach gemeinem deutschen Recht begründet auch bei der bloß partikulären Gütergemeinschaft die Leibzucht des Überlebenden regelmäßig die aktive und passive Vertretung des Gesamtgutes. Dies gilt insbesondere für das Recht des Herzogtums Nassau, welches auf Errungenschaftsgemeinschaft beruht.

Nr. 2234. VI. Sen. 27. Mai 1886. III a. 141. 86. Bd. 16, Nr. 84, S. 346.

Rechte der Ehefrau, deren Vermögen als Vollstreckungsobjekt für die Schulden des Ehemannes behandelt werden darf, gegenüber einem gegen den Ehemann vollstreckbaren Titel. (Gem. R.). Nach hamburgischem Partikularrecht unterliegt das gesamte Vermögen der Ehefrau, abgesehen von einer hier nicht in Betracht kommenden Ausnahme, der Zwangsvollstreckung aus solchen Entscheidungen, durch welche der Ehemann zu einer Geldzahlung verurteilt ist, und zwar selbst dann, wenn wie hier die Gütergemeinschaft unter den Eheleuten vertragsmäßig ausgeschlossen ist. Von diesem Standpunkte erscheint die Aufrechthaltung der Klage der Ehefrau weder aus § 690 C.P.O., wie unbedenklich das Berufungsgericht angenommen hat, noch auf Grund des § 749 Abs. 1, Nr. 3 C.P.O. als gerechtfertigt. Die letztere Bestimmung kann begrifflich bei einer Interventionsklage im Sinne des § 690 C.P.O. überhaupt nie in Frage kommen. Ist der Kläger wirklich ein Dritter, welchem an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, so kann er nie noch erst der Berufung auf jenen § 749 a. a. O. bedürfen, um mit seiner Klage durchzudringen; ist er es nicht, so ist seine Klage ohne Weiteres hinfällig. Letzteres liegt hier vor. Der Klägerin ist unbenommen, die angeblich ihr zustehende Vergünstigung aus § 749 Abs. 1, Nr. 3 C.P.O. mittels eines nach § 685 Abs. 1 C.P.O. an das Vollstreckungsgericht zu richtenden Antrages zur Geltung zu bringen. Nr. 3605. Nr. 3750.

c) **Preußisches Recht.**

Nr. 2235. I. Hilfs-Sen. 18. Februar 1881. IV a. 426. 80. Bd. 4, Nr. 67, S. 238.

Einfluß der Trennung der Ehe auf die Rechtsverbindlichkeit eines von der Ehefrau während der gütergemeinschaftlichen Ehe ohne Genehmigung ihres Ehemannes geschlossenen Vertrages. Nützliche Verwendung. (Preuß. R.). Die Befugnis der Ehefrau, ohne den Ehemann gültig Schulden zu machen, hat nach den §§ 389, 321, 324—327, II. 1 A.L.R. bei der gütergemeinschaftlichen Ehe ebenso eingeschränkt werden sollen wie bei der Ehe mit dem Nießbrauchsrechte des Ehemannes am eingebrachten Vermögen der Ehefrau. Danach sind die während der Ehe von der Ehefrau ohne Bewilligung nicht ausdrücklich auf Reservatvermögen der Ehefrau gemachten Schulden dergestalt nichtig, daß auch nach Auflösung der Ehe gegen die Ehefrau die Vertragsklage nicht gegeben ist (§ 320 a. a. O.). Bestand in dem vorliegenden Falle zwischen dem Ehemanne der Beklagten und dem B. ein Vertragsverhältnis, auf Grund dessen die Leistung des A. (Klägers) als eine Vertragsleistung des B. gegenüber dem Ehemanne der Beklagten aufgefaßt und deshalb eine Verpflichtung des Letzteren, dem B. die ganze Vergütung für Herrichtung des Neubaues zu zahlen, angenommen werden muß, so ist für einen Anspruch des Klägers, der einen Teil der Lieferung des zum Bau erforderlichen Materials durch Vertrag gegenüber dem B. übernommen, die gelieferten von B. bemängelten Materialien fortnehmen wollte, aber auf Ansuchen der Zahlung versprechenden Beklagten hiervon Abstand genommen hatte, gegen die Beklagte aus der nützlichen Verwendung kein Raum gegeben, und es ist gleichgültig, ob etwa der Kläger

bei seiner Leistung die Absicht gehabt hat, den Ehemann der Beklagten zu verpflichten. Die Feststellung des Vorderrichters geht dahin, daß der Ehemann der Beklagten an B. nach dem zwischen ihnen Beiden bestehenden Vertragsverhältnisse das Ganze zu zahlen gehabt hat. Mit dieser Feststellung erscheint die Klage aus der nützlichen Verwendung als beseitigt. Es kommt nicht darauf an, daß die Forderung des Dritten von dem Versionsbeklagten bereits berichtigt ist. Die Thatsache, daß der Versionsbeklagte einem Dritten zur Zahlung einer Vergütung für die Leistung, deren Wert der Versionskläger fordert, vertragsmäßig verpflichtet ist oder, sofern er die Vergütung bereits gezahlt hat, verpflichtet gewesen ist, schließt die Versionsklage aus.

Nr. 2236. V. Sen. 8. Oktober 1887. V. 156. 87. Bd. 19, Nr. 66, S. 341.

Vorrechtseinräumung seitens der Ehefrau ohne Genehmigung des Ehemannes. (Preuß. R.). Auf Grund der ohne Zustimmung des Ehemannes von der Ehefrau S. erklärten Vorrechtseinräumung vor ihrer Hypothek Abt. III Nr. 11 ist für den Beklagten in Abt. III Nr. 12 ein Darlehn mit dem Vorrecht vor Nr. 11 eingetragen. Das Vorrecht ist vor der Eintragung der Post Nr. 12 allgemein einer vom Eigentümer des der Ehefrau S. verpfändeten Grundstücks „aufzunehmenden" Hypothek von bestimmter (demnächst nicht überschrittener) Höhe eingeräumt worden. Der Beklagte ist wirklicher Gläubiger der für ihn eingetragenen Hypothek geworden, da er die Darlehnsvaluta gezahlt hat. Er ist nach dem Antrage der Kläger, Erben der Frau S. zur Bewilligung der Löschung der Vorrechtsvermerke verurteilt und seine Revision zurückgewiesen. Die Eheleute S. haben in getrennten Gütern (§§ 205 ff. II. 1 A.L.R.) gelebt und die Hypothek Nr. 11 hat zum eingebrachten Vermögen der Ehefrau S. gehört. Ihre Vorrechtseinräumung war wegen fehlender Genehmigung des Ehemannes nichtig. Das dem Ehemanne an dem eingebrachten Vermögen zustehende Recht der Verwaltung und des Nießbrauchs schließt das Recht der Ehefrau, über ihr eingebrachtes Vermögen ohne Einwilligung des Ehemannes zu dessen Nachteile zu verfügen, aus. Dergleichen Verfügungen der Ehefrau sind dergestalt nichtig, daß sie die beabsichtigte rechtliche Wirkung überhaupt nicht haben und sowenig eine Schuldverbindlichkeit der Ehefrau (§ 320, II. 1 A.L.R.) wie ein dingliches Recht an die von der Ehefrau an einen Anderen fortgegebenen Sachen auf seiten des Empfängers begründen können. Wie während stehender Ehe der Ehemann, so sind nach aufgelöster Ehe die Ehefrau bezw. deren Erben befugt, die rechtlich nicht existierende Vorrechtseinräumung nicht gelten zu lassen. Wenn auch Gegenstand der Einräumung der Priorität weder die Forderung noch ein Bestandteil der Forderung des zurücktretenden Gläubigers noch die mit der Forderung verbundene Stelle im Grundbuche, sondern nur die obligatorische, durch die Eintragung der Prioritätscession auch für den dritten Inhaber der zurücktretenden Post bindend werdende Berechtigung ist, Befriedigung der vortretenden Forderung aus dem Kaufgelde des Pfandes an der dem Prioritätscedenten gebührenden Stelle der hypothekarischen Gläubigerordnung zu fordern (Nr. 1980), so charakterisiert sich die Prioritätscession doch als eine Verfügung über die Hypothek. Nach § 49 E.E.G. vom 5. Mai 1872 erlangt die Beschränkung in der Verfügung gegen Dritte, welche ein Recht auf die Hypothek erwerben, nur dann Rechtswirkung, wenn sie im Grundbuche eingetragen oder dem Dritten bei Erwerb des Rechts bekannt war. Dies trifft hier zu, da die Erblasserin der Kläger als Gläubigerin der Post Nr. 11 als Ehefrau eingetragen war, als die Hypothek des Beklagten mit dem Vorrecht vor der Post Nr. 11 eingetragen wurde. Der Beklagte darf sich auch nicht auf den Glauben des Grundbuches berufen. Der Glaube des Grundbuches erstreckt sich nicht weiter als der Inhalt desselben; es kann daher für dasjenige, was aus dem Grundbuche nicht ersichtlich ist, auch der öffentliche Glaube des Grundbuches nicht in Anspruch genommen werden. Eine Durchbrechung des Grundsatzes § 101 Einl. A.L.R. tritt erst mit der Eintragung des betreffenden Rechts im Grundbuche ein; erst mit diesem Zeitpunkte erlangen die

Sätze über die Wirkung des Glaubens des Grundbuches in Bezug auf das eingetragene Recht ihre Bedeutung (§ 9 Abs. 2, § 38 Abs. 2, 3 E.E.G.). Ein Dritter im Sinne dieser Sätze ist deshalb auch nicht ein Jeder, welcher dem Konstituenten des Rechts nicht als der unmittelbar berechtigte Vertragsgenosse gegenübersteht, sondern nur derjenige, welcher ein Recht auf ein für einen Anderen bereits eingetragenes Recht erwirbt. Wenn der eingetragene Gläubiger einer Hypothek dem Grundeigentümer das Vorrecht für eine von ihm noch zu bestellende Hypothek einräumt, so besteht die sich hieraus ergebende Befugnis des Grundeigentümers vorläufig nur außerhalb des Grundbuches und entbehrt der besonderen Wirkungen, welche die Eintragung im Grundbuche gewährt. Demjenigen, welchem die Hypothek mit dem bis dahin noch nicht eingetragenen Vorrecht bestellt wird, fehlt in Bezug auf das ihm bewilligte Vorrecht ein eingetragener Rechtsurheber. Nr. 323.

Nr. 2237. IV. Sen. 11. Februar 1895. IV. 264. 94. Bd. 35, Nr. 42, S. 173.

Anspruch eines Ehemannes auf Erstattung der von ihm bei Ausführung eines Auftrages der Ehefrau gemachten Auslagen bei Nichtbeobachtung der in den §§ 198 ff. II. 1 A.L.R. vorgeschriebenen Förmlichkeiten. (Preuß. R.). Der Kläger hat im Jahre 1878 für die Beklagte, seine Stieftochter, bald nachdem diese sich mit ihrem ersten inzwischen verstorbenen Ehemanne S. verheiratet hatte, denjenigen Kaufpreis bezahlt, den sie für zwei damals von ihr erworbene Grundstücke mit 5280 Mk. schuldig geworden war. Sein Antrag geht dahin, zu erkennen, daß in das Inventar über den Nachlaß seiner inzwischen verstorbenen von den Parteien beerbten Ehefrau jene von ihm gezahlten 5280 Mk. als eine ihm an den Nachlaß zustehende Forderung einzustellen seien. Er hält sich zu diesem Verlangen für berechtigt, weil seine Ehefrau vor der Zahlung des Geldes mündlich mit ihm verabredet gehabt habe, daß die Beklagte bei ihrer Verheiratung außer der Naturalausstattung eine Mitgift von 6000 Mk. von seiner Ehefrau erhalten solle und daß zu diesem Zwecke die gedachten 5280 Mk. von ihm vorgeschossen werden sollten. Der Berufungsrichter hat diese Abrede für erheblich erachtet und die Entscheidung von einem darüber dem Kläger auferlegten richterlichen Eide abhängig gemacht. Die Revision, mit der die Beklagte die Verletzung der § 198, II. 1 A.L.R. rügt, ist zurückgewiesen. Die Ansicht der Revision, daß es zur Begründung eines klagbaren Anspruches des Ehemannes einer Beobachtung der strengeren Formvorschriften der §§ 198—201, II. 1 A.L.R. bedurft hätte, ist nicht zutreffend. Die Bestimmung des § 199 a. a. O. gilt nicht für alle Verträge der Eheleute; vielmehr ist die Anwendbarkeit dieser Vorschrift, wie sich aus dem Zusammenhange mit § 198 a. a. O. ergiebt, an die Voraussetzung geknüpft, daß die Frau sich dem Manne zu etwas, wozu die Gesetze sie nicht verpflichten, verbindlich machen soll. Nr. 2610. Nr. 2635. Dieser leitende Gesichtspunkt trifft hier nicht zu. Indem die Ehefrau des Klägers mit diesem verabredete, daß er für sie den fraglichen Betrag zum Zwecke der Mitgift ihrer Tochter hergeben solle, verfolgte sie die Absicht, der Letzteren eine Zuwendung zu machen. Dem Kläger, welcher es übernahm, die Auszahlung für Rechnung seiner Ehefrau zu bewirken, sollte aus diesem Abkommen zwar ein Anspruch auf Erstattung seiner Auslagen erwachsen; dieser Erstattungsanspruch bildet aber nicht nach Art einer bedungenen Gegenleistung unmittelbar den Hauptgegenstand des Vertrages, sondern die entsprechende Verpflichtung der Ehefrau ergab sich als eine rechtliche Folge aus der Ausführung jenes Auftrages. Hiernach ist nicht anzuerkennen, daß die Ehefrau mit der Erteilung des Auftrages ihrem Ehemanne gegenüber eine ihr im Sinne des § 198 a. a. O. gesetzlich nicht obliegende Verpflichtung übernommen habe.

Nr. 2238. IV. Sen. 21. Oktober 1895. IV. 146. 95. Bd. 36, Nr. 67, S. 265.

Klage einer geschiedenen Ehefrau auf ein von dem Vater des früheren Ehemannes ausgesetztes Wittum. (Preuß. R.). Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß ein Wittum für die Klägerin durch den Vertrag vom Jahre 1887 nicht begründet

worden sei, wird von der Revision mit Recht bekämpft. Das preußische A.L.R. unterscheidet hinsichtlich der Witwenversorgung in Anlehnung an die betreffenden deutschrechtlichen Institute, wenngleich mit zum Teil abweichender Bezeichnung zwischen der Anweisung auf den Nießbrauch gewisser Güter oder Kapitalien und der Aussetzung einer jährlichen Summe aus dem Nachlasse des Mannes. Die erstere Art der Witwenversorgung wird in § 457, II. 1 A.L.R. als Leibgedinge, die letztere in § 458 daf. als Wittum bezeichnet. Die in dieser Gesetzesstelle gegebene Begriffsbestimmung muß auch für das uneigentliche Wittum, von dem die §§ 598 ff. I. 11 A.L.R. handeln, mit der Maßgabe gelten, daß die Zuwendung von einem Anderen als dem Ehemanne geschieht. Unter diese Begriffsbestimmung aber fällt die in dem Vertrage vom Jahre 1887 von dem Beklagten, dem Vater ihres Ehemannes, der Klägerin versprochene jährliche Summe von 7500 Mk., die ihr von dem Tode ihres Ehemannes an auf Lebenszeit oder, falls sie sich wieder verheiraten sollte, bis zu dieser Wiederverheiratung zugesichert worden ist. Gegen diese Annahme spricht nicht der Umstand, daß die der Klägerin ausgesetzte Jahresrente in dem Vertrage nicht als Wittum bezeichnet ist, da, wie das Berufungsgericht auch anerkennt, entscheidend lediglich der Inhalt des Vertrages sein kann. Daß der Vertragsinhalt die Annahme eines Wittums ausschließe, wird von dem Berufungsgericht mit Unrecht behauptet. Das Berufungsgericht macht zur Begründung seiner Ansicht geltend, es sei im vorliegenden Falle nicht für den Unterhalt während des Witwenstandes allgemein, sondern für solchen Unterhalt während des Witwenstandes nur unter ganz bestimmten Bedingungen und nur für einen ganz bestimmten Zeitteil des Witwenstandes Sorge getragen. Der Beklagte verspreche der Klägerin Unterhalt während des Witwenstandes nur für den Fall, daß sie Witwe werde, während er noch lebe, und nur solange, als er sowohl selbst lebe als auch im Besitze der Fideikommißherrschaft sei, und des Beklagten jüngerer Sohn verspreche der Klägerin den Unterhalt für den Fall, daß er direkter Nachfolger seines Vaters in das Fideikommiß werde, und gleichfalls nur für die Dauer seines Lebens unter weiterer Übernahme der Verpflichtung, seiner eventuellen fideikommißsuccessionsfähigen Descendenz die Weiterzahlung der Rente testamentarisch aufzuerlegen. Diesen Ausführungen ist die Erwägung entgegenzusetzen, daß durch die beigefügten Bedingungen und Zeitbestimmungen die rechtliche Natur des Rechtsgeschäfts als solchen nicht beeinträchtigt wird und daß eine allgemeine Versorgung der Witwe nicht zum Begriffe des Wittums gehört. Daß der vorliegende Vertrag, wie in dem Berufungsurteil hervorgehoben wird, den besonderen Verhältnissen des konkreten Falles angepaßt ist, macht ihn nicht zu einem eigenartigen in dem Sinne, daß dadurch der der Klägerin für ihren Witwenstand ausgesetzten Rente die rechtliche Natur eines Wittums entzogen wird. Von keiner rechtlichen Bedeutung ist ferner das Motiv, das nach Annahme des Berufungsgerichts die Bewilligung der Rente veranlaßt hat. Denn wenn dies auch darin bestanden hat, daß der älteste Sohn und Fideikommißnachfolger des Beklagten, der damalige Ehemann der Klägerin, bewogen werden sollte, seinem jüngeren Bruder die diesem in dem Vertrage ausgesetzte Rente zu bewilligen, so ist doch hieraus nur zu entnehmen, daß es sich um eine Zuwendung gegen Entgelt handelt, nicht aber, daß sie kein Wittum darstellt, da ein solches sowohl unentgeltlich als auch gegen Entgelt festgesetzt werden kann. Da die Aussetzung eines Wittums auch nicht an eine bestimmte Zeit gebunden ist, dergestalt, daß etwa die rechtliche Natur einer Zuwendung als Wittum davon abhängig wäre, daß sie vor oder bald nach Eingehung durch Vertrag festgesetzt wird, so ist es ferner belanglos, daß der Vertrag vom Jahre 1887 erst $2^1/_2$ Jahre, nachdem sich die Klägerin verheiratet hatte, geschlossen worden ist. Endlich steht auch der Umstand, daß nach der Stiftungsurkunde der Fideikommißherrschaft für die Witwe des Fideikommißbesitzers ein Wittum ausgesetzt ist, dessen künftiger Genuß der Klägerin bei Errichtung des Vertrages in wahrscheinlicher Aussicht stand, der Aussetzung eines zweiten Wittums für den Fall, daß der Ehemann der Klägerin zur Nach-

folge in das Fideikommiß nicht gelangte, nicht entgegen. Ist hiernach davon auszugehen, daß die der Klägerin in dem Vertrage vom Jahre 1887 ausgesetzte Rente als Wittum im gesetzlichen Sinne zu betrachten ist, so kommt weiter in Frage, ob die Klägerin den Genuß dieses Wittums zu beanspruchen hat, obgleich ihre Ehe mit dem älteren Sohne des Beklagten nicht durch dessen Tod, sondern durch ein den Ehemann für den allein schuldigen Teil erklärendes Scheidungsurteil getrennt worden ist. Nach dem Wortlaute des Vertrages tritt die Zahlbarkeit der Rente nur für den Fall ein, daß der Ehemann der Klägerin vor dem Beklagten sterben sollte, und dem Berufungsrichter ist darin beizutreten, daß kein Anhalt für die Annahme vorliegt, daß die Kontrahenten die ohne Schuld der Klägerin erfolgte Scheidung vertragsmäßig dem Tode des Ehemannes gleich stellen wollten. Gleichwohl würde aber der Anspruch der Klägerin kraft Gesetzes begründet sein, wenn sich annehmen ließe, daß der § 601, I. 11 A.L.R., woraus die Klägerin ihr angebliches Recht herleitet, sich auch auf ein von den Eltern oder den Geschwistern des Ehemannes ausgesetztes Wittum bezieht. Dies ist aber, entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts, zu verneinen. In Betracht kommen die §§ 597 bis 601, I. 11 A.L.R. Die Bestimmung in § 601 a. a. O. kann sich nach den Grundsätzen logischer und grammatischer Interpretation nur auf den Fall beziehen, von denen in den vorangehenden §§ 598—600 ausschließlich gehandelt wird d. h. auf die Aussetzung des Wittums durch einen Anderen als den Mann, dessen Eltern oder Geschwister. Ausdrückliche Bestimmungen bezüglich des von den Eltern oder den Geschwistern des Ehemannes ausgesetzten Wittums enthält das A.L.R. nicht. Wenn nun in § 792 a. a. O. hinsichtlich der vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehescheidung vorgeschrieben ist, daß, wenn die künftige Erbfolge durch Vertrag bestimmt ist, der unschuldige Teil in der Regel Alles das erhält, was ihm darin auf den Todesfall des schuldigen Teils verschrieben worden, so wird anzunehmen sein, daß sich diese Vorschrift, wenn der Ehemann der schuldige Teil ist, auch auf das von ihm ausgesetzte Wittum bezieht. Allerdings begründet die Aussetzung eines Wittums keine Erbfolge im eigentlichen Sinne. Die Aufnahme der Bestimmungen über das Wittum unter die Vorschriften über die Erbfolge aus Verträgen gestattet aber die Auffassung, daß auch die Worte des § 792 a. a. O.: „ist die künftige Erbfolge durch Verträge bestimmt", in dem weiteren auch die Aussetzung eines Wittums umfassenden Sinne zu verstehen sind. Diese Gleichstellung der Ehetrennung durch den Tod mit der durch richterlichen Ausspruch stellt sich als eine Folge des schuldhaften Verhaltens des Ehemannes dar; sie bildet eine Strafe des schuldigen Ehemannes. Dieser Gesichtspunkt kann aber nur gegenüber dem Ehemanne selbst Platz greifen, nicht aber gegenüber seinen Eltern und Geschwistern. Für diese fehlt es, auch vom Standpunkte der Gesetzgebung aus, an jedem Grunde, der sie verpflichtet erscheinen läßt, das Wittum vor dem als Beginn der Leistung in Aussicht genommenen Tode des Ehemannes, und ohne daß die der Aussetzung des Wittums zu Grunde liegende Voraussetzung der Ehetrennung durch den Tod des Ehemannes eingetreten ist, zu gewähren. Namentlich die Vorschrift des § 601, I. 11 A.L.R. bezieht sich nicht auf das von den Eltern oder den Geschwistern des Ehemannes ausgesetzte Wittum. Eine Lücke in dem Gesetze, die nach § 49 Einl. A.L.R. zur analogen Anwendung, sei es des § 601 a. a. O. sei es der für das von dem Ehemanne ausgesetzte Wittum geltenden Grundsätze, führen könnte, ist nicht vorhanden. Vielmehr ist daraus, daß das Gesetz im Falle eines von den Eltern oder Geschwistern des Ehemannes ausgesetzten Wittums den Tod des Ehemannes mit der Scheidung unter Erklärung des Ehemannes für den schuldigen Teil nicht gleich gestellt hat, nur zu folgern, daß diese Gleichstellung nicht gewollt ist. Diese Auffassung ist mit der wesentlich verschiedenen Stellung des für den schuldigen Teil erklärten geschiedenen Ehemannes, der selbst ein Wittum ausgesetzt hat, wohl vereinbar. Daß aber die Ehefrau gegenüber einem nicht zu den Eltern oder den Geschwistern des Ehemannes gehörigen Dritten nach § 601, I. 11 A.L.R. besser gestellt ist als gegenüber diesen Verwandten des Ehemannes, ist

aus der Rücksicht auf den näheren Familienverband zu erklären, in dem sich die Eltern und die Geschwister des Ehemannes mit der geschiedenen Ehefrau bis zu der Scheidung befunden haben, während diese Rücksicht bei einem zu diesen nahen Verwandten des Ehemannes nicht gehörigen Dritten nicht Platz greift. Bei diesem braucht ein Interesse an dem Fortbestande der Ehe bis zu dem Tode des Ehemannes in dem Maße, daß davon die Gewährung des Wittums hat abhängig gemacht werden sollen, nicht vorausgesetzt zu werden. Liegt ein solches Interesse gleichwohl vor, so bleibt der Weg der vertragsmäßigen Festsetzung dahin, daß das Wittum nur für den Fall der Ehetrennung durch den Tod des Ehemannes gewährt werden soll, unbenommen, während andererseits die Vorschrift des § 601 a. a. O. einem solchen Dritten gegenüber einen klaren Hinweis auf die Folgen der Unterlassung einer derartigen vertragsmäßigen Feststellung enthält. Bei Eltern und Geschwistern des Ehemannes wird dagegen der Regel nach die Voraussetzung zutreffen, daß sie das Wittum lediglich mit Rücksicht auf den Familienverband, in welchen die Ehefrau des Sohnes bezw. des Bruders mit ihnen tritt, aussetzen und daß diese Rücksicht fortfällt, wenn die Familienbeziehung durch Scheidung gelöst wird. Die Zumutung einer vertragsmäßigen Abmachung dahin, daß das Wittum für den Fall der Scheidung nicht gewährt werden solle, würde bei dem Obwalten nächster verwandtschaftlicher und Familienbeziehungen füglich nicht zu stellen sein. Einer solchen Abmachung hat das Gesetz die Eltern und Geschwister des Ehemannes dadurch überhoben, daß es eine Gleichstellung des Todes und der Scheidung nicht ausgesprochen und dadurch diese Gleichstellung ausgeschlossen hat. Da hiernach die Abweisung der Klage, wenngleich aus anderen als den in dem angefochtenen Urteile angegebenen Gründen gerechtfertigt erscheint, so ist die Revision zurückgewiesen.

Nr. 2239. II. Hilfs-Sen. 1. November 1880. V^a. 96. 80. Bd. 3, Nr. 70, S. 251.

Eigentumserwerb der in getrennten Gütern lebenden Ehefrau. §§ 194, 202, 203, 211, 219, 321, II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Ehefrauen sind an und für sich nicht unfähig, Verträge zu schließen. Sie erwerben aus den von ihnen geschlossenen Verträgen Rechte, und nur zur Gültigkeit der von ihnen eingegangenen Verpflichtungen ist die Genehmigung des Ehemannes erforderlich. Um Anschaffungen nach §§ 194, 202, 203, 321, II. 1 A.L.R. handelt es sich hier nicht. Der Eigentumserwerb vollzieht sich auch unabhängig von dem Eigentum an den zum Ankauf verwendeten Geldern. Der § 211, II. 1 A.L.R. bezieht sich nur auf den Erwerb der Frau durch häusliche Thätigkeit und gemeine Dienste, nicht aber auf lästige Verträge derselben mit einem Dritten. Falls nicht besondere Umstände, die eine entgegenstehende Annahme rechtfertigen, vorliegen, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen anzunehmen, daß, wenn die Klägerin die fraglichen Gegenstände gekauft, die von ihr bei der Sparkasse eingezahlten Gelder erhoben, sie das Eigentum der erkauften Gegenstände und der erhobenen Gelder erworben hat, ohne daß sie einen weiteren Nachweis zu führen hat. Nr. 193.

Nr. 2240. IV. Sen. 28. September 1891. IV. 147. 91. Bd. 28, Nr. 73, S. 331.

Passivlegitimation der Ehefrau ohne Zuziehung des Ehemannes gegenüber der Klage, mit der Befriedigung aus dem eingebrachten Vermögen verlangt wird. (Preuß. R.). Die Abweisung der Klage ist vom Berufungsgericht lediglich mit der Notwendigkeit der vom Kläger unterlassenen Zuziehung des Ehemannes der Beklagten zum Prozesse als Mitbeklagten begründet worden, indem angenommen ist, daß der vorliegende Rechtsstreit nicht gegen die Ehefrau allein, sondern nur einheitlich gegen beide Eheleute zum Austrage gebracht werden könne. Dieser Grund ist zutreffend. Wenn auch infolge der Vorschrift des § 51 Abs. 2 C.P.O. die in § 189, II. 1 A.L.R. ausgesprochene Regel nicht fortbesteht, so kann doch die Anerkennung der Prozeßfähigkeit der Ehefrau nicht die Wirkung haben, daß die in dem materiellen Recht begründete Rechtsstellung des Ehemannes zu dem Vermögen der Frau beseitigt und der Mann

durch eine Prozeßführung der Frau seiner Rechte an diesem Vermögen verlustig würde. Handelt es sich um vertragsmäßig vorbehaltenes Vermögen, so war schon vor dem Inkrafttreten der C.P.O. die Ehefrau ohne Beitritt des Mannes prozeßfähig (§ 16, I. 1 A.G.O.). Im übrigen bestehen für vorbehaltenes Vermögen die Rechtssätze, daß die Ehefrau solches auch ohne Bewilligung des Ehemannes mit Schulden belasten kann, daß aber der, welcher einer Ehefrau auf ihr vorbehaltenes Vermögen Kredit giebt, wenn er seine Befriedigung während der Ehe fordern will, sich für seine Forderung ein Pfand- oder Hypothekenrecht mit dem vorbehaltenen Vermögen bestellen lassen muß (§§ 318, 319, II. 1 A.L.R.), und daß nach Auflösung der Ehe für dergleichen Schulden die Ehefrau nur mit dem zur Zeit der Ehetrennung noch vorhandenen vorbehaltenen Vermögen haftet (§ 619, II. 1 A.L.R.). Am eingebrachten Vermögen hat der Ehemann Verwaltung und Nießbrauch. Gerichtliche Angelegenheiten, die die Substanz des Eingebrachten betreffen, kann der Ehemann rechtswirksam nur mit Zuziehung der Ehefrau betreiben (§ 245 a. a. O.). Dagegen erklärt das Gesetz die von der Ehefrau während der Ehe ohne Bewilligung des Ehemannes gemachten Schulden in Ansehung des eingebrachten Vermögens für nichtig (§ 320 a. a. O.). Daher kann auch während der Ehe eine Prozeßführung gegen die Frau allein nicht dahin führen, daß die Ehefrau zu einer Leistung aus dem eingebrachten Vermögen verurteilt wird. Nr. 2911. Die Klage wird auch durch die Erwägung nicht gehalten, daß die Verurteilung der Beklagten bei künftiger Auflösung der Ehe wirksam werden könne. Es liegt keine Feststellungsklage, sondern eine Leistungsklage vor. Ebensowenig wird die Klage durch die Rücksicht auf die Möglichkeit des künftigen Erwerbes vorbehaltenen Vermögens durch die Ehefrau gehalten. Nr. 2394.

Nr. 2241. I. Hilfs-Sen. 2. Januar 1880. IV^a. 158. 79. Bd. 1, Nr. 55, S. 136.

Nießbrauchsrecht des Ehemannes an dem Eingebrachten der Ehefrau. Rückforderungsrecht der Letzteren. Entsagung des Ehemannes. Umfang und Rechte der Gläubiger desselben. §§ 255 ff. II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Mit Recht hat der Appellationsrichter die Frage zur Erörterung gezogen, ob zur Zeit des Abschlusses des von dem Kläger (Gläubiger) angefochtenen Entsagungsvertrages die Revenuen des Grundstückes der beklagten Ehefrau, die damals von den persönlichen Gläubigern des Ehemannes zum Zwecke ihrer Befriedigung noch nicht in Anspruch genommen waren, zur Bestreitung des Unterhaltes der Frau ausgereicht und sogar einen Überschuß abgeworfen haben. War dies der Fall und hat die beklagte Ehefrau aus den Einkünften des Grundstückes thatsächlich ihren Unterhalt gewährt erhalten, so war sie nicht berechtigt, ihrem Ehemanne den Nießbrauch ihres Eingebrachten zu entziehen, und demzufolge stellt sich die Entsagung des Mannes als eine freigebige Verfügung dar (§ 393, I. 16 A.L.R.). Als solche unterlag dieselbe seitens des Klägers als eines Gläubigers des beklagten Ehemannes der Anfechtung auf Grund des § 5 Nr. 2 und § 7 Nr. 3 des Gesetzes vom 9. Mai 1855.

Nr. 2242. V. Sen. 27. Oktober 1886. V. 174. 86. Bd. 16, Nr. 59, S. 259.

Einwilligung des Mannes in die Schuld seiner Ehefrau. § 329, II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Das Berufungsgericht nimmt an, daß der mitbeklagte Ehemann infolge seiner Genehmigung des Vertrages für die darin von seiner Ehefrau übernommenen Schulden gemäß § 329, II. 1 A.L.R. mit verhaftet sei, obwohl die Schulden das vorbehaltene Vermögen der Frau betreffen, weil der § 329 a. a. O. nicht auf solche Schulden zu beschränken sei, welche die Ehefrau in Rücksicht auf das eingebrachte Vermögen kontrahiert hat. Dies ist rechtsirrig. Die Bestimmung des § 329 a. a. O. kann nur die in dem § 320 a. a. O. erwähnten Schulden der Frau im Auge haben; denn die Schulden der §§ 321—328 a. a. O. werden als solche des Mannes angesehen, der Mann haftet dafür also ohne Weiteres allein, und zu der Belastung des vor-

behaltenen Vermögens mit Schulden durch die Frau bedarf es der Bewilligung des Mannes überhaupt nicht. Der § 329 a. a. O. giebt den Sinn, daß da, wo es zur Gültigkeit der Schuld der Frau der Einwilligung des Mannes bedarf, diese Einwilligung nicht allein für die Frau die Folge hat, daß sie mit ihrem Vermögen für die Schuld verhaftet wird, sondern auch den Mann für die Schuld der Frau verbindlich macht. Wenn die Verhaftung des Mannes für die Gewerbeschulden der Frau an die Voraussetzung gebunden ist, daß die Einkünfte aus dem Gewerbe der Frau dieser nicht vorbehalten sind, wie aus den §§ 335—337 a. a. O. zu entnehmen ist, so muß konsequenterweise auch die Verhaftung des Mannes für andere genehmigte Schulden der Frau davon abhängig sein, daß die Schulden nicht in Ansehung desjenigen Vermögens der Frau gemacht sind, dessen Einkünfte der Frau gesetzlich oder vertragsmäßig vorbehalten sind. Daraus folgt, daß der § 329 a. a. O. sich nur auf diejenigen Schulden der Frau bezieht, welche nach § 320 a. a. O. als in Ansehung des eingebrachten Vermögens der Frau kontrahiert zu ihrer Gültigkeit der Einwilligung des Mannes bedürfen. Dies ergiebt auch die Entstehungsgeschichte des § 329 a. a. O.

Nr. 2243. VI. Sen. 23. Januar 1896. VI. 262. 95. Bd. 37, Nr. 55, S. 207.

Befugnis der Gläubiger des Ehemannes, sich an die Früchte des von der Ehefrau gepachteten Grundstücks zu halten. §§ 211, 218, 219, II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Gemäß den auch für die Mark Brandenburg geltenden Grundsätzen des Allgemeinen preußischen Landrechts über die Rechte des Ehemannes an dem Eingebrachten der Ehefrau hat der Mann in Ansehung des eingebrachten Vermögens der Ehefrau alle Rechte und Pflichten des Nießbrauchers. Die Gläubiger eines Mannes sind daher auch befugt, sich an den Nießbrauch des Mannes zu halten (§§ 231, 257, II. 1 A.L.R.). Gemäß § 221, I. 9 A.L.R. sind die Früchte einer Sache gleich bei ihrem Entstehen das Eigentum desjenigen, der das Nutzungsrecht der Sache hat. Auf die Behauptung, das Stück Landes, auf dem der gepfändete Roggen gezogen worden, habe sich „im Eigentums- bezw. Pachtbesitze" der Ehefrau P. befunden, ließe sich somit der Klaganspruch des Cedenten der beschädigten Frau P. nicht gründen. Der Kläger hat aber ausdrücklich noch weiter behauptet, Frau P. habe das Land selbst bestellt und den Roggen geerntet. Hiernach hätte eine eigene selbständige landwirtschaftliche Thätigkeit der Ehefrau vorgelegen. Der § 211, II. 1 A.L.R. bestimmt zwar, was die Frau in stehender Ehe erwerbe, erwerbe sie der Regel nach dem Manne. Gemäß den einschränkenden Bestimmungen der §§ 218, 219, II. 1 A.L.R. bezieht sich dies aber nach konstanter Rechtsprechung nicht auf den Erwerb durch lästige Verträge. Insbesondere ist anerkannt, daß ein unmittelbarer Erwerb des Mannes an den Einkünften der Frau aus einem von ihr selbständig betriebenen Gewerbe überhaupt nicht stattfindet, die mit dem Gelde der Frau angeschafften Waren und die durch den Verkauf von Waren gelösten Gelder der Frau und nicht dem Manne gehören, und nur der Reingewinn aus dem Geschäfte, der Ertrag nach § 219 a. a. O. bei der Vermögensabsonderung dem Manne zufällt, insoweit er nicht in Grundstücken und Kapitalien auf den Namen der Frau angelegt ist. Die Ausdehnung des Erwerbes des Mannes auf alles Eigentum, das die Frau im Betriebe eines besonderen Gewerbes erwirbt, würde jeden eigenen Fabrik- und Handelsbetrieb der Frau unmöglich machen, da dann jedes in ihrer Fabrik gefertigte oder in ihrem Handel angekaufte Stück Ware ohne Weiteres Eigentum ihres Mannes werden und die Frau somit rechtlich außer stand gesetzt werden würde, sich durch Verwertung ihrer Waren oder Fabrikerzeugnisse neues Betriebskapital zu verschaffen. Dieselbe Erwägung trifft aber auch zu bei der Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks und dem selbständigen Betriebe der Wirtschaft durch die Frau, die außer stande wäre, die Aussaat, Arbeitskräfte und den Pachtzins zu bestreiten, wenn die Früchte nicht ihr gehörten. Demgemäß fällt auch bei der Pacht eines Gutes von seiten der Frau nur der Reingewinn, der Ertrag, an den Mann, soweit er nicht nach § 219,

II. 1 A.L.R. der Frau gesichert ist. Den Fall der eigenen Pachtung vorausgesetzt, sind die gepfändeten Früchte noch keine Einkünfte im Sinne des § 219 a. a. O., sondern Betriebsmittel, während Einkünfte im Sinne des § 219 sich erst aus der Verwertung des Überschusses der Früchte ergeben würden, der nicht zur Fortführung der Pachtung und zur Deckung des Pachtzinses erforderlich wäre. Das Präjudiz Nr. 2149 des vormaligen preußischen Obertribunals vom 4. Oktober 1849 (Entsch. des Obertribunals Bd. 18, S. 526) erklärt allerdings, daß die Gläubiger des Mannes, der sein Gut an die Frau verpachtet, sich an die Früchte des Gutes während der Pachtzeit zu halten befugt sind. Darin kann aber nur der Ausdruck des Gedankens gefunden werden, daß, wenn der Mann der Frau sein Vermögen zum Gewerbebetriebe überläßt, daraus der Eigentumsübergang auf die Frau nicht ohne Weiteres folge und nur bei ganz besonderer von der Frau zu erweisender Sachlage in solchem Falle die Gläubiger des Mannes von dem Angriff selbst auf die Einkünfte des Gewerbes abgehalten werden könnten. Das Berufungsgericht führt allerdings aus, eine dahingehende Behauptung, daß Frau P. die Pachtung auf Grund einer ihr von ihrem Ehemanne erteilten Genehmigung zum besonderen Betriebe des Gewerbes der Landwirtschaft eingegangen wäre, habe der Kläger nicht einmal aufgestellt. Nachdem aber der Kläger das Eigentumsrecht der Cedentin auch für den Fall behauptet, daß sie nur Pächterin gewesen, und in der zweiten Instanz in erster Linie und in Übereinstimmung mit den Behauptungen des Beklagten geltend gemacht, sie habe als Pächterin das Land bestellt und den Roggen geerntet, das Nießbrauchsrecht ihres Mannes habe sich nur auf die etwaigen Revenüen erstreckt, so wäre es Aufgabe des Berufungsgerichts gewesen, unter Anwendung des Fragerechts gemäß § 130 C.P.O. das wirklich gegebene Sachverhältnis in der Weise festzustellen, daß eine sichere Grundlage für die rechtliche Beurteilung gegeben wäre. An nicht geerntetem Roggen ist eine geringe Menge gepfändet worden. Anerkannt ist allerdings, daß die Bestimmung des § 221, I. 9 A.L.R. keine Anwendung auf das Verhältnis zwischen Verpächter und Pächter findet. Nr. 1122. Hieraus folgt aber nicht, daß sich der Pächter in einer gegen den Eigentümer oder einen Anderen gerichteten Zwangsvollstreckung die Pfändung der Früchte auf dem gepachteten oder in seiner Detention befindlichen Gute gefallen lassen muß. Die Pfändung der Früchte auf dem Halme ist nur gegen den bezugsberechtigten Schuldner zulässig. Nr. 3747. Die Begründung des Berufungsurteils ist somit auch in dieser Beziehung nicht ausreichend.

Nr. 2244. II. Hilfs-Sen. 11. Oktober 1880. V. 419. 79. Bd. 3, Nr. 68, S. 242.

Suspension der ehelichen Gütergemeinschaft, wenn die Ehefrau zur Zeit der Verheiratung unter Vormundschaft stand. §§ 782, 785—794, 698, 699, II. 18 A.L.R. § 92 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. (Preuß. R.). Die Vormundschaft über die Klägerin hörte am 1. Januar 1876 auf und zwar mit allen Wirkungen, die an die Aufhebung der Vormundschaft geknüpft sind. Es ist aber keineswegs eine dieser Wirkungen, daß die bis dahin stattgehabte Suspension der Gütergemeinschaft ohne Weiteres fortfiel und nunmehr die Ehegatten in Gütergemeinschaft lebten. Die Verheiratung der Klägerin hatte vor dem 1. Januar 1876 stattgefunden zu einer Zeit, als sie bevormundet war, und unter der Herrschaft des § 782, II. 18 A.L.R. Die Suspension mußte daher nach den Vorschriften des A.L.R. ihre Erledigung finden. Die Vormundschaftsordnung, die am 1. Januar 1876 in Kraft getreten ist, enthält keinerlei Bestimmungen über die Beendigung der Suspension und es kann deshalb auch § 92 derselben zur Entscheidung der Frage nicht herangezogen werden. Nach § 782, II. 18 A.L.R. bleibt die Gütergemeinschaft bis nach erfolgter Aufhebung der Vormundschaft ausgeschlossen, sie tritt auch nicht mit diesem Moment von Rechts wegen ein, sondern nach Maßgabe der §§ 790, 791, II. 18 A.L.R. In solchem Fall tritt die Gütergemeinschaft der allgemeinen Regel entsprechend nur dann ein, wenn die Ehefrau

in dieselbe einwilligt oder drei Monate nach der Belehrung verstreichen läßt, ohne die Gütergemeinschaft auszuschließen und die gehörige Bekanntmachung zu suchen.

Nr. 2245. II. Hilfs-Sen. 25. April 1881. V^{a}. 527. 80. Bd. 5, Nr. 59, S. 217.

Gütergemeinschaft. Fortdauernde Gültigkeit des § 782, II. 18 A.L.R. (Preuß. R.). Die Bestimmung des § 782 a. a. O. ist nicht durch § 102 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 beseitigt. Der § 782 enthält keineswegs eine rein instruktionelle Vorschrift; vielmehr stellt sich die Vorschrift als eine eminent materiellrechtliche Bestimmung dar, als eine Rechtswohlthat der minderjährigen Pflegebefohlenen, wie sie in § 784 ausdrücklich genannt ist, und als eine Ausnahme von den das eheliche Güterrecht allgemein regelnden Vorschriften (vergl. § 798 a. a. O.). Der § 782 betrifft auch nicht die Verwaltung des Mündelvermögens. Regel ist, daß die Gütergemeinschaft an Orten, wo sie besteht, unter Eheleuten, die dort ihren ersten Wohnsitz nehmen, mit der Eheschließung eintritt. Ausnahme von der Regel ist, daß sie nicht eintritt, wenn bevormundete minderjährige Personen die Ehe eingehen. Die Ausnahme fällt fort, wenn vormundschaftlich der Rechtswohlthat entsagt wird; die Gütergemeinschaft entsteht also nur durch ein positives vormundschaftliches Handeln. Ob und unter welchen Umständen ein solches Handeln stattfinden kann, das allein betrifft die Vormundschaftsführung, das Vormundschaftswesen. § 783 a. a. O. stellt dies in das vormundschaftliche Ermessen. Darum enthält dieser Paragraph, aber auch nur dieser, eine instruktionelle Vorschrift. Der § 782 dagegen betrifft das materielle eheliche Gütergemeinschaftswesen. Er kann nicht schon dadurch, daß er im Titel 18 Teil II. A.L.R. steht, zu einer das Vormundschaftswesen betreffenden Vorschrift werden. Auch gehört es nicht zu den das Vormundschaftswesen betreffenden Vorschriften, die vermögensrechtlichen Folgen von Rechtshandlungen zu bestimmen, die ein Mündel an sich rechtsgültig vorgenommen hat, sei es nun, daß dieselben der vormundschaftlichen Genehmigung nicht bedurften, sei es, daß solche erteilt war. Bei der Frage der Entstehung der Gütergemeinschaft aber handelt es sich in der That um die vermögensrechtlichen Folgen der Gütergemeinschaft. Die Vormundschaftsordnung enthält auch an keiner Stelle irgend eine Bestimmung über die vermögensrechtlichen Folgen der Rechtshandlung eines Mündels. Die Berufung auf die §§ 48, 95, 98 ist nicht zutreffend.

Nr. 2246. I. Hilfs-Sen. 26. September 1881. IV^{a}. 713. 80. Bd. 5, Nr. 74, S. 275.

Zeitpunkt für die Bestimmung des Vermögensbestandes, der für eine während fingierter Gütergemeinschaft kontrahierte Schuld haftet. Gesetz vom 16. April 1860. (Preuß. R.). Der Bäcker F., welcher die Mitbeklagte im Jahre 1857 ehelichte und darauf seinen Wohnsitz in H. nahm, hatte durch einen vor der Ehe geschlossenen Vertrag jede Gütergemeinschaft ausgeschlossen und die Bekanntmachung dieses Verhältnisses in gesetzlicher Art bewirkt. Im Jahre 1866 verlegte er seinen Wohnsitz nach W. Beide Orte liegen im Gebiete der ehemaligen cleve-märkischen und der infolge des Gesetzes vom 16. April 1860 an deren Stelle getretenen provinziellen westfälischen Gütergemeinschaft. In W. kontrahierte der Ehemann F. die eingeklagte Schuld und veranlaßte dann sofort die wiederholte Bekanntmachung der für seine Ehe bestehenden Gütertrennung. Nach seinem im Jahre 1877 erfolgten Tode ist zwischen der Klägerin und seiner Witwe streitig geworden, ob für jene Schuld das Vermögen der Eheleute F. als ein fingiert gemeinschaftliches in dem bei der Auflösung der Ehe oder zu einem anderen Zeitpunkte vorhanden gewesenen Bestande haftet, ferner ob zum Vorteil der Gläubigerin zu fingieren ist, daß in der Ehe ihres Schuldners die provinzielle westfälische oder die cleve-märkische Gütergemeinschaft bestanden habe. Beide Fragen sind im Sinne der ersten Alternative beantwortet. Die in W. domizilierte Gläubigerin, die keine Kenntnis von der Ausschließung der Gütergemeinschaft zur Zeit der Entstehung ihrer Forderung hatte, war, da letztere auch vor der wiederholten Bekanntmachung der Aus-

schließung der Gütergemeinschaft entstanden war, berechtigt, das Bestehen der dort geltenden Gütergemeinschaft vorauszusetzen. §§ 426—429, 380, 352, 394, 363 ff., 371, 372, 658, 659, 757, 748, 394, 428, II. 1 A.L.R. Die zwischen den Eheleuten F. seit der Domizilverlegung nach W. wegen anfangs unterbliebener Republikation der vertragsmäßig eingeführten Gütertrennung dritten Personen gegenüber zu fingierende Gütergemeinschaft kann nur die westfälische nach Inhalt des Gesetzes vom 16. April 1860 sein, da dies Gesetz nach den §§ 1, 21 desselben mit dem 1. Januar 1861 für seinen Geltungsbereich als territoriales Recht an die Stelle der früher geltenden Gesetze, Statuten und Gewohnheiten getreten war und erst mit dem im Jahre 1866 erfolgten Umzuge der Eheleute F. nach W. die Unterwerfung derselben unter das dort geltende Güterrecht stattfand (vergl. §§ 351, 352, 426, II. 1 A.L.R.). Die cleve-märkische Gütergemeinschaft konnte, obwohl die Eheleute F. schon vor dem Jahre 1861 ihren Wohnsitz im Gebiete derselben genommen hatten, auf Grund der Ausnahmebestimmung des § 22 des Gesetzes nicht fingiert werden, da diese Bestimmung nur wohlerworbene Rechte im weiteren Sinne schützen sollte, den Eheleuten F. aber ein Recht auf Beurteilung ihrer Verhältnisse nach jenem älteren Gütersystem weder unter sich noch Dritten gegenüber jemals zur Seite gestanden hatte. Nr. 2257.

Nr. 2247. II. Hilfs-Sen. 19. September 1881. V*. 475. 81. Bd. 6, Nr. 67, S. 239.

Bekanntmachung des die Gütergemeinschaft ausschließenden Vertrages. (Preuß. R.). Der in § 426, II. 1 A.L.R. vorgeschriebenen Wiederholung der Bekanntmachung des die Gütergemeinschaft unter den Eheleuten ausschließenden Vertrages bedarf es auch dann, wenn der „andere Ort“, an welchen die Eheleute ziehen, in derselben Provinz und sogar, wenn er in demselben Kreise liegt, daher auch bei der bestimmten Vorschrift des Gesetzes in dem Falle, wenn der andere Ort in demselben örtlichen Bezirke gelegen ist, für welchen ein und dasselbe Regierungsamtsblatt besteht.

Nr. 2248. IV. Sen. 25. Oktober 1888. IV. 174. 88. Bd. 22, Nr. 61, S. 310.

Kollationspflicht; eheliche Gütergemeinschaft. (Preuß. R.) Für die Anwendung des § 352, II. 1 A.L.R. kommt es wesentlich nur darauf an, daß die von dem Dritten mit den Eheleuten eingegangenen Rechtsgeschäfte während des Wohnens im neuen Domizil geschlossen werden. — Der § 352 a. a. O. setzt einen gutgläubigen Dritten voraus. Dieser Auslegung liegt die Erwägung zu Grunde, daß der Grundsatz von Treu und Glauben, welcher den ganzen Rechtsverkehr beherrscht und auch die Vorschriftin des A.L.R. über die eheliche Gütergemeinschaft durchzieht (vergl. §§ 365, 367, 422, II. 1; § 789, II. 18 A.L.R.), folgerecht auch auf die Fiktion des § 352, II. 1 A.L.R. Anwendung finden muß.

Nr. 2249. V. Sen. 10. November 1888. V. 201. 88. Bd. 22, Nr. 57, S. 281.

Veräußerung eines Grundstückes aus der ehelichen Gütergemeinschaft durch den Ehemann. (Preuß. R.). Die nach § 378, II. 1 A.L.R. erforderliche Einwilligung der Frau in die Veräußerung kann auch nachgeholt werden. Der Begriff der absoluten Nichtigkeit, wie er nach preußischem A.L.R. in wesentlicher Übereinstimmung mit dem gemeinen Rechte aufzustellen ist, findet der Regel nach keine Anwendung auf solche Rechtsgeschäfte, welche nur an dem Mangel der Mitwirkung oder Zustimmung eines Dritten leiden, und wird dies insonderheit für die Veräußerung gemeinschaftlicher Grundstücke durch den Ehemann dadurch bestätigt, daß der § 138, II. 1 A.L.R. ausdrücklich eine Ergänzung der verweigerten Einwilligung der Frau durch das vormundschaftliche Gericht zuläßt. Die Entscheidung im Falle Nr. 2250 stützt sich auf eine gerade in der in Betracht kommenden Beziehung abweichende Bestimmung des Gesetzes vom 16. April 1860 über das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen u. s. w., während es sich im vorliegenden Fall um das gesetzliche eheliche Güterrecht in der Provinz Posen handelt. Die Einwilligung der Ehefrau ist noch vor der Klagerhebung erfolgt. Der Kläger will

dem Beklagten seinen Rücktritt vom Kaufvertrage erklärt haben, bevor noch des Letzteren Ehefrau ihre Einwilligung in die Veräußerung erklärte. Der Kläger war jedoch zum Rücktritt nicht berechtigt, mag er als Käufer gewußt haben, daß noch die Einwilligung der Ehefrau des Verkäufers erforderlich sei, um den Vertrag wirksam zu machen, oder mag er dies nicht gewußt haben. Im ersteren Falle kann, da auch dem Verkäufer jenes Erfordernis bekannt war, nur angenommen werden, daß Beide über die Nachholung jener Einwilligung einverstanden waren. Dann kann von einem Rücktritte des Käufers so lange keine Rede sein, als der Beitritt der Ehefrau noch nicht endgültig versagt worden oder doch diejenigen Schritte noch nicht gethan sind, welche je nach Inhalt des Vertrages beabsichtigt wurden, um den Beitritt der Ehefrau zu veranlassen. In der Regel wird in solchem Falle als übereinstimmende Absicht der Kontrahenten anzunehmen sein, daß der Verkäufer verpflichtet sein solle, den Beitritt seiner Ehefrau herbeizuführen. Ist ausdrücklich ein Verkauf über fremde Sachen abgeschlossen, so soll der Vertrag nach Vorschrift der §§ 46 ff. I. 5 und § 139, I. 11 A.L.R. als ein Vertrag über Handlungen, nämlich über die Bewirkung des Beitritts des Dritten zum Vertrage, behandelt werden, und dieser Sinn wird auch der sonst wenig verständlichen Bestimmung in § 19, I. 11. A.L.R. beizulegen sein, daß ein gültiger Kauf die Verfügungsberechtigung des Verkäufers über das Eigentum der verkauften Sache voraussetze. Indessen mag man den Vertrag, der nicht ausdrücklich über eine fremde Sache abgeschlossen wird, als Vertrag über Handlungen oder als Kauf mit der besonderen Verpflichtung des Verkäufers zur Veranlassung des Beitritts des Dritten auffassen, so ist der Käufer, wenn nicht das Gegenteil verabredet oder nicht etwa der Beitritt des Dritten zur Bedingung des Vertrages gemacht ist, nicht berechtigt, auf Grund des Umstandes, daß der Beitritt des Dritten nicht erfolgt ist, vom Vertrage zurückzutreten; er hat vielmehr nur das Recht, auf Erfüllung des Vertrages oder auf das Interesse wegen Nichterfüllung, das sich möglicherweise mit einer Rückgängigmachung des Vertrages decken mag, zu klagen (§§ 270 ff. I. 5 A.L.R.). Zur Begründung dieser Klage hat er nachzuweisen, daß der Verkäufer seine Verpflichtungen nicht erfüllt hat, also wenn der Dritte noch nicht seinen Nichtbeitritt erklärt hat, gleichwohl aber der vorbehaltene Beitritt desselben als nicht erfolgt behandelt werden soll, daß und wiefern hierin eine Vertragsverletzung des Verkäufers liege. Hieran fehlt es im vorliegenden Falle, auch liegt keine Klage auf Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung vor, vielmehr verlangt der Kläger Rückgabe seiner Anzahlung. Im anderen Falle, wenn der Kläger bei Abschluß des Kaufes nicht gewußt hat, daß das gekaufte Grundstück der ehelichen Gütergemeinschaft des Beklagten unterliegt, ergiebt sich die Nichtbefugnis des Klägers, vom Vertrage zurückzutreten, schon aus den Bestimmungen des A.L.R. über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung (§§ 136 ff. I. 11 A.L.R.). Die dem Ehemanne fehlende Befugnis zur Veräußerung des gemeinschaftlichen Grundstücks ohne die Einwilligung der Frau vereitelt allerdings den Anspruch des Käufers auf Lieferung des Grundstücks, wenn die Frau ihre Einwilligung endgültig verweigert, entbindet aber nicht auch den Ehemann von den im Kaufvertrage übernommenen Verpflichtungen, namentlich nicht von der Verpflichtung, den Käufer in dem in §§ 153 ff. I. 11 A.L.R. festgesetzten Umfange dafür schadlos zu halten, daß er ihm das Grundstück nicht liefern kann. Eine solche Klage ist jedoch nicht angestellt. Nr. 2228.

Nr. 2250. III. Hilfs-Sen. 24. März 1880. V$^{b.}$ 372. 79. Bd. 1, Nr. 140, S. 393.

Westfälische Gütergemeinschaft nach dem Gesetze vom 16. April 1860 (Preuß. R.). Der § 3 des cit. Gesetzes ist dahin zu verstehen, daß der Ehemann über den Inbegriff des Gesamtvermögens überhaupt allein nicht dergestalt verfügen kann, daß durch diese Verfügung die Gütergemeinschaft selbst, durch Beseitigung ihres Substrates, gegenstandslos würde. Die Worte im Gesetze „in Rücksicht auf eine künftige Erbfolge" haben nicht die Bedeutung, daß die Zuziehung der Ehefrau nicht erforderlich sei, wenn den

künftigen Erben nichts ausgesetzt wird. Der vom Manne allein, nicht in Gemeinschaft mit der Ehefrau abgeschlossene Übertragsvertrag ist als ein nichtiger auch in Ansehung des Veräußerers anzusehen. Die eheliche Gütergemeinschaft ist nicht als ein Miteigentum der Eheleute an dem ehelichen Vermögen im römischrechtlichen Sinne, sondern, indem sie im germanischen Rechte wurzelt, als ein gemeinschaftliches Vermögen beider Eheleute aufzufassen, das ganz unter der Vogtschaft (mundium) des Mannes steht. Bei diesem Verhältnisse kann während des Bestehens der Ehe von bestimmt zu sondernden (ideellen) Anteilen der Eheleute nicht die Rede sein. Erst mit der Auflösung der Ehe treten Sonderrechte der Eheleute und der Erben an der gemeinschaftlichen Masse hervor. Soweit nun der Mann vermöge seiner Vogtschaft das Verfügungsrecht hat, verpflichtet er die Frau in Bezug auf ihre Rechte an dem gesamten Vermögen. Soweit er ein Verfügungsrecht nicht hat, steht ihm eine Verfügung überhaupt nicht zu, auch nicht in Bezug auf einen ideellen Anteil am Vermögen, da ein solcher während der Ehe eben nicht besteht. Vielmehr ist eine dem Verfügungsverbote entgegen geschehene Verfügung des Mannes von vornherein nichtig und wirkungslos und, weil überhaupt nichtig und wirkungslos, dies auch für den Mann. Sein Recht, selbst auf Herausgabe des übertragenen Vermögens zu klagen, ist auf seine Erben übergegangen. Eine bloße Einwilligung der Frau genügt nicht; bei Übertragsverträgen ist der gemeinschaftliche Abschluß beider Eheleute verlangt, dergestalt, daß die Ehefrau dem Übernehmer gegenüber als Mitkontrahentin sich an den Verpflichtungen beteiligt und daß der Übernehmer auch ihr gegenüber zu den übernommenen Leistungen sich verpflichtet. Nr. 2249. Nr. 2228. Nr. 3789. Nr. 3224.

Nr. 2251. I. Sen. 12. Januar 1889. I. 312. 88. Bd. 23, Nr. 39, S. 185.

Haftung für Ansprüche auf Ersatz des durch unerlaubte Handlungen der in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau verursachten Schadens. (Preuß. R.). Im Geltungsgebiete des preußischen A.L.R. haftet das Samtgut für Ansprüche der bezeichneten Art (für Geldbußen, Untersuchungskosten, Entschädigungsverbindlichkeiten). Die im Geltungsgebiete des gemeinen deutschen Privatrechts herrschende Auffassung, wonach im Falle des Bestehens allgemeiner ehelicher Gütergemeinschaft das Vermögen der Eheleute (Aktiva und Passiva) ein einheitliches Ganzes bildet und gegen die Haftung für die Deliktschulden der Ehefrau eine durchgreifende Folgerung nicht daraus gezogen werden darf, daß regelmäßig nur dem Ehemanne ein Verfügungsrecht über das Gesamtgut zusteht und wonach die Ehefrau durch das Delikt nicht vermögensrechtliche Dispositionsakte vornimmt, vielmehr das Gesetz bestimmte Folgen an ihre gesetzwidrige Handlung knüpft, liegt auch den Bestimmungen der §§ 363—395, II. 1 A.L.R. zu Grunde. Nr. 2227. Vergl. § 1696 des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen. Nr. 2228.

Nr. 2252. IV. Sen. 14. Januar 1892. IV. 280. 91. Bd. 29, Nr. 41, S. 164.

Klage gegen die gütergemeinschaftliche Ehefrau auf Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in ihr nicht gütergemeinschaftliches Vermögen. (Preuß. R.). Wenn nach der Annahme des Berufungsgerichts die Haftung der gütergemeinschaftlichen Ehefrau auf Vermögenszuwendungen einer bestimmt vorgeschriebenen Art beschränkt ist, so hat der Kläger diese Voraussetzung der Haftung der Ehefrau darzulegen, also zu beweisen, daß eine Vermögenszuwendung dieser Art vorliegt. Diese Behauptungs- und Darlegungspflicht des Klägers entspricht aber auch dem inneren Grunde der für den erhobenen Anspruch maßgebenden besonderen Rechtsnormen. Die Gemeinschaft der Güter erstreckt sich über Alles, was der freien Veräußerung eines jeden der beiden Ehegatten unterworfen ist (§ 363, II. 1 A.L.R.), desgleichen auf Alles, was während der Ehe durch Glücksfälle, Geschenke, Erbschaften oder Vermächtnisse einem der Ehegatten zufällt und seiner Natur nach der Gemeinschaft fähig ist (§ 372). Die notwendigen

Kleidungsstücke sind zwar ausgenommen (§ 363). Aber diese unterliegen nicht der Pfändung (§ 715 C.P.O.). Das Gesetz enthält auch noch andere Ausnahmen in betreff auswärtiger Grundstücke (§§ 365—370, II. 1 A.L.R.), ferner für Zuwendungen von Grundstücken oder ausstehenden Kapitalien an einen der Ehegatten unter ausdrücklicher Ausschließung des Miteigentums des anderen Ehegatten (§§ 373—376 a. a. O.). Daß eine dieser Ausnahmen vorliege, ist nicht festgestellt. Das Berufungsgericht hält dies für gleichgültig und das Klagrecht schon darum für begründet, weil der Kläger das rechtliche Interesse habe, „durch Erwirkung eines die Ehefrau verurteilenden Erkenntnisses einen Titel zur Zwangsvollstreckung gegen diese zu erlangen". Indessen dieses rechtliche Interesse hat mit der Parteipflicht des Klägers, die Thatsachen, von deren Feststellung die mit der Klage behauptete Leistungspflicht abhängt, anzugeben und zu beweisen, nichts zu thun. Das Berufungsgericht verkennt, daß die Klage auf ein Leisten oder Unterlassen das Recht, diese Leistung oder Unterlassung zu fordern, voraussetzt. Dies Recht fehlt aber den Kläger nach den §§ 372, 373 a. a. O., solange nicht dargethan ist, daß und welches Grundstück oder ausstehende Kapital der Ehefrau mit der ausdrücklichen Erklärung, daß das Miteigentum des Ehemannes ausgeschlossen sei, zugewandt worden ist. Die vom Kläger aufgestellte allgemeine Behauptung, daß der beklagten Ehefrau während der Ehe von dritten Personen Vermögen, insbesondere Kapitalien, mit der Bestimmung zugewendet worden seien, daß dies Vermögen nicht in die Gütergemeinschaft falle, und die Ausschließung sei auch den Schuldnern der Kapitalien gerichtlich bekannt gemacht worden, entzieht sich der Prüfung, ob die Erfordernisse des Gesetzes vorhanden sind. Der Kläger ist mit der Klage abgewiesen.

Nr. 2253. IV. Sen. 11. April 1889. IV. 26. 89. Bd. 23, Nr. 59, S. 276.

Forderung der gütergemeinschaftlichen Ehefrau. Einrede des Schuldners, welcher an den Ehemann die Zahlung geleistet hat, aus der ihm gegen diesen und die gütergemeinschaftliche Masse zustehenden condictio sine causa. §§ 379, 380, II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Der Erblasserin der Kläger, welche mit ihrem Ehemanne in Gütergemeinschaft lebte, stand an den Beklagten eine auf ihren Namen geschriebene Forderung zu. Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Beklagten durch Zahlung der Forderung an den Ehemann der Gläubigerin, auch wenn diese gegen Aushändigung des Geldes an den Ehemann protestiert hat, befreit sein würde, weil das Gezahlte in die gütergemeinschaftliche Masse geflossen ist und diese (mithin jetzt die Kläger) den Beklagten für die durch die Empfangnahme des Geldes seitens des Ehemannes begründete Schuld haften. Dies ist vom Reichsgericht gebilligt. Der Anspruch des Beklagten unterliegt als außerkontraktliche Forderung der Rechtsverfolgung in der Form der Kondiktion und erfaßt, als Schuld, das gesamte gütergemeinschaftliche Vermögen. § 380, II. 1 A.L.R.

Nr. 2254. IV. Sen. 31. Mai 1889. IV. 63. 89. Bd. 24, Nr. 49, S. 240.

Ausschließung der ehelichen Gütergemeinschaft durch einen Dritten. (Preuß. R.). In § 373, II. 1 A.L.R. ist eine ausdrückliche Willenserklärung im Sinne des Gesetzes, durch welche der Wille unmittelbar zum Ausdrucke gebracht ist, gemeint im Gegensatze zur stillschweigenden Willenserklärung, welche nicht direkt auf die Mitteilung des Willens gerichtet ist, sondern zunächst andere Zwecke verfolgt, aus denen jedoch mittelbar auf die Absicht des Erklärenden geschlossen werden kann (§ 58, I. 4 A.L.R.). Der § 373 a. a. O. ist ferner nicht dahin zu verstehen, daß er allein den Fall vorsieht, wenn die Zuwendung unmittelbar auf ein Grundstück oder ein ausstehendes Kapital, also auf bestimmte Sachen gerichtet ist; er umfaßt auch den Fall, wenn dem einen Ehegatten überhaupt ein Grundstück oder ein ausstehendes Kapital aus dem Vermögen eines Dritten mit der Bestimmung zufällt, daß der andere Ehegatte von dem Miteigentum an dem Zugewendeten ausgeschlossen sein solle. Aus den speziellen Vorschriften der §§ 374, 375 a. a. O. kann nicht gefolgert werden, daß

der § 373 ausschließlich den Fall der Zuwendung einer bestimmten Sache im Auge hat. Auch dann, wenn der eine Ehegatte unter Ausschließung jedes Mitanrechts des anderen Ehegatten auf eine Quote des Nachlasses, also als Erbe, eingesetzt ist, und demnächst bei der Erbauseinandersetzung ihm auf seinen Erbteil aus dem Nachlasse ein Grundstück oder ein Kapital überwiesen wird, liegt thatsächlich die Zuwendung eines Grundstückes oder eines ausstehenden Kapitals an einen Ehegatten mit der beregten Beschränkung von seiten eines Dritten vor. — Andererseits greift der § 373 nicht nur Platz, wenn die Zuwendung des vollen Eigentums an einem Grundstück oder einem ausstehenden Kapital stattgefunden hat, sondern auch dann, wenn der Nießbrauch an solchen Vermögensobjekten zugewendet worden ist, zumal auch im Falle des Nießbrauches an einem Grundstücke und an einer ausstehenden Forderung die in den §§ 374, 375 a. a. O. erwähnte Möglichkeit vorhanden ist, die Ausschließung der Gütergemeinschaft kenntlich zu machen. Der Beklagten ist der lebenslängliche Nießbrauch an den Erbteilen ihrer Kinder mit Ausschließung des Klägers von den Eheleuten W. vermacht worden; den Kindern der Beklagten sind aus dem Nachlasse die ideelle Eigentumshälfte an einem Grundstücke und eine Hypothekenforderung als Erbteil überwiesen. Folglich besteht die an die Beklagte mit Ausschluß des Mitgenusses des Klägers geschehene Zuwendung in dem Nießbrauche an einem Grundstücke und einem ausstehenden Kapitale.

Nr. 2255. IV. Sen. 29. April 1886. IV. 508. 85. Bd. 15, Nr. 70, S. 295.

Wahlrecht der überlebenden Ehegatten bei der Teilung. §§ 571—580, 648, II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Da die Erben nach § 572, II. 1 A.L.R. nicht bloß das Recht, sondern auch die gemeinschaftliche Verpflichtung haben, dem überlebenden Ehegatten den Wert zu bestimmen, so wird den Miterben gegen den widersprechenden Miterben das Recht gegeben, ihn im rechtlichen Wege anzuhalten, dem Ehegatten den durch die Taxe des § 578 a. a. O. ermittelten Wert als Annahmepreis zu setzen. Der § 578 giebt ihnen diese Klage als Mittel, die ihnen gegen den Ehegatten obliegende Verpflichtung zur einheitlichen Setzung des Wertes zu erfüllen. Beschreiten sie diesen Weg nicht, so liegt darin auch für sie ein Zögern im Sinne des § 579 a. a. O. Der Ehegatte kann nur das ihm gegen die Gesamtheit der Erben zustehende Recht auf dem in dieser Gesetzesbestimmung vorgeschriebenen Wege geltend machen und erst gegen diese Taxe werden nach § 580 a. a. O. dem Anspruche des Ehegatten gegenüber den Erben keine Ausstellungen gestattet. Erst hierdurch erlangt der Ehegatte das Klagrecht gegen die einzelnen dissentierenden Erben, ihm das Grundstück gegen den Wert dieser Taxe zu überlassen.

Nr. 2256. V. Sen. 9. Mai 1888. V. 59. 88. Bd. 21, Nr. 47, S. 252.

Gütergemeinschaft. Auflösung durch den Tod. (Preuß. R.). Die Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten wird durch den Tod des einen von ihnen geendigt und verwandelt sich in ein gewöhnliches Miteigentum (communio incidens) zwischen dem überlebenden Ehegatten einerseits und den Erben des verstorbenen andererseits (§ 364, II. 1 A.L.R.). Der überlebende Ehegatte ist in Ansehung seiner gütergemeinschaftlichen Hälfte nicht Erbe (§§ 638, 639 a. a. O.). Es würden daher die Grundsätze von der ehelichen Gütergemeinschaft und von dem gemeinschaftlichen Eigentume der Miterben auf die nach dem Tode eines gütergemeinschaftlichen Ehegatten zwischen dem überlebenden und den Erben des verstorbenen bis zur Auseinandersetzung bestehende Gemeinschaft, deren Gegenstand allerdings ebenfalls ein Vermögensinbegriff (universitas juris) ist, immer nur analog zur Anwendung kommen können.

Nr. 2257. IV. Sen. 22. Dezember 1885. IV. 391. 85. Bd. 14, Nr. 76, S. 293.

Wirkung der Aufhebung der Gütergemeinschaft durch Vertrag. (Preuß. R.). Das Gesetz gestattet auch im Laufe der Ehe eine Ausschließung und Aufhebung der

Gütergemeinschaft unter andern, wie im vorliegenden Falle, wenn der eine Ehegatte in Konkurs verfallen ist und der andere von der Gemeinschaft für die Zukunft wieder abgehen will (§§ 412 ff., 421 ff. II. 1 A.L.R.). Es fragt sich, ob für diese vertragsmäßige Aufhebung, namentlich in Ansehung der Gläubigerrechte, dieselben Grundsätze gelten, welche für die Auflösung der Gütergemeinschaft durch den Tod maßgebend sind. Das Berufungsgericht hat dies verneint, und sich auf die Rechtsprechung höchster Gerichtshöfe berufen, in welcher die Wirkung der Aufhebung der Gütergemeinschaft im Falle des Konkurses dahin bestimmt worden ist, daß die während der Gütergemeinschaft kontrahierten Schulden von der Aufhebung überall nicht berührt werden, bezüglich ihrer vielmehr die Gütergemeinschaft als fortbestehend gedacht wird, so daß jeder Erwerb, welchen ein Ehegatte während des Bestehens der Ehe nach der Aufhebung der Gütergemeinschaft macht, den Gläubigern, deren Forderungen vor der Aufhebung entstanden sind, ebenso verhaftet ist, wie derselbe den gedachten Gläubigern haften würde, wenn die Gütergemeinschaft nicht aufgehoben wäre. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Es ist zu unterscheiden zwischen der Absonderung der Güter wegen Überschuldung des einen gütergemeinschaftlichen Ehegatten (§§ 391 ff. II. 1 A.L.R.) und der Aufhebung der Gütergemeinschaft durch Vertrag im Falle des Konkurses (§§ 421 ff. II. 1 A.L.R.). Der erstere Fall liegt hier nicht vor. In den §§ 431, 432 a. a. O. hat der legislatorische Gedanke dahin Ausdruck erhalten, daß nach erfolgter vertragsmäßiger Aufhebung eine Gütergemeinschaft in vollem Umfange, auch gegenüber den früheren Gläubigern, nicht mehr besteht, daß deren Rechte an das Vermögen der Eheleute aber konserviert bleiben, wie solches im Zeitpunkte der Gütergemeinschaft gemeinsam bestand, also das „gemeinschaftlich gewesene" Vermögen. Danach kann der von einem der Eheleute nach erfolgter Aufhebung der Gütergemeinschaft ohne Rücksicht auf den Besitz des gemeinschaftlich gewesenen Vermögens gemachte Erwerb, insbesondere also eine erst nach jenem Zeitpunkte angefallene Erbschaft, jenem Vermögen, beim Mangel der attraktiven Kraft der Gütergemeinschaft, nicht zuwachsen, bildet vielmehr ein von demselben getrenntes Sondervermögen, an welches sich die Gläubiger nicht auf Grund der früheren Gütergemeinschaft, sondern nur in Veranlassung einer persönlichen Haftbarkeit des erwerbenden Ehegatten halten können. Nr. 2246.

Nr. 2258. III. Sen. 3. Januar 1888. III. 220. 87. Bd. 20, Nr. 58, S. 256.

Auflassung und Eintragung im Falle der vertragsmäßigen Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft. (Preuß. R.). Die allerdings mehrfach aufgestellte Ansicht, daß es im Falle der vertragsmäßigen Aufhebung der Gütergemeinschaft während des Bestehens der Ehe zur Übertragung des Eigentumes an den zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörigen Grundstücken auf den einen Ehegatten der Auflassung und Eintragung im Grundbuche nicht bedürfe, der Eigentumsübergang vielmehr ohne Auflassung vor sich gehe, da eine freiwillige Veräußerung im Sinne des § 1 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 nicht vorliege, kann nicht gebilligt werden; es ist vielmehr anzunehmen, daß in diesem Falle Auflassung erforderlich ist, weil eine freiwillige Veräußerung des Eigentums vorliegt. Die Bestimmung in § 1 a. a. O. findet in den Fällen Anwendung, in denen das Eigentum nicht kraft des Gesetzes, ohne Zuthun des bisherigen Besitzers oder selbst gegen seinen Willen nach dem bisherigen Recht erworben wird, sondern die Mitwirkung der Beteiligten zur Herbeiführung des Eigentumsüberganges notwendig ist, in denen der Eigentumsübergang auf Grund einer Disposition der Beteiligten, welche auf ihrer freien, übereinstimmenden Willenserklärung beruht, erfolgt. Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn das Eigentum des infolge der unter den Eheleuten bestehenden Gütergemeinschaft in deren Miteigentum oder Gesamteigentum stehenden Grundstückes auf Grund eines Vertrages, wodurch die Gütergemeinschaft aufgehoben und vereinbart wird, daß das Grundstück fortan im Alleineigentum des einen Ehegatten stehen soll, auf diesen übertragen werden soll. Nr. 2259.

Nr. 2259. IV. Sen. 24. Juni 1889. IV. 89. 89. Bd. 24, Nr. 57, S. 283.

Vertragsmäßige Ausschließung der ehelichen Gütergemeinschaft während des Bestehens der Ehe. §§ 413, 418, II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Das Urteil im Falle Nr. 2258 betraf zwar einen Fall vertragsmäßiger Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft während des Bestehens der Ehe. Allein die Rechtsgültigkeit des Aufhebungsvertrages stand in jenem Falle nicht in Frage (§ 360, II. 1 A.L.R.). Der Gesetzesinhalt des § 418 II. 1 A.L.R. im Verhältnisse zu § 413 das. ist dahin zu bestimmen: Den Eheleuten steht es frei, die Folgen der Gemeinschaft durch Verträge aufzuheben, und zwar in Bezug auf ihre künftige Succession. Es steht ihnen also frei, zu bestimmen, daß in Beziehung auf ihre gegenseitige Erbfolge nicht die aus der Gütergemeinschaft gesetzlich sich ergebenden (§§ 637 ff. II. 1 A.L.R.), sondern andere Rechtsfolgen eintreten sollen. So aufgefaßt, enthält § 418 a. a. O. diejenige Ausnahme von der Regel des § 413 das., als welche er sich nach dem Zusammenhange der Vorschriften der §§ 413—418 darstellt. Das Gesetz kennt also nur eine Aufhebung der Gütergemeinschaft, das ist diejenige, welche ihre Wirkungen sowohl in Ansehung der Eheleute selbst als gegen Dritte äußert (§§ 427, 428 a. a. O.). Der § 418 aber spricht nicht von Aufhebung der Gütergemeinschaft, sondern von Verträgen, welche sich auf einen Zeitpunkt beziehen, in welchem die Gütergemeinschaft durch den Tod des einen Ehegatten bereits aufgehoben ist, in denen es sich also nur um die Folgen der bis dahin bestandenen Gütergemeinschaft handelt. Die Folgen der Gemeinschaft in Bezug auf ihre künftige Succession sollen die Eheleute nach § 418 durch Verträge aufheben oder abändern dürfen.

d) Französisches Recht.

Nr. 2260. II. Sen. 18. Februar 1890. II. 314. 89. Bd. 25, Nr. 74, S. 341.

Örtlich maßgebendes Recht für das eheliche Güterrecht nach badischem Recht, wenn der Ehemann in Baden nicht staatsangehörig ist. (Rhein. R.). Das im vorliegenden Falle maßgebende badische Recht entscheidet die Frage, in welchem ehelichen Güterrechtsverhältnisse in einem gewissen Zeitpunkte Ehegatten beim Mangel eines die ehelichen Güterverhältnisse regelnden Ehevertrages sich befinden, dahin, daß diese sich nach dem Rechte desjenigen Staates richten, dessen Staatsangehöriger der Ehemann ist. Es kann unentschieden bleiben, ob dieser Rechtssatz auch für das Gebiet des rein französischen Rechts gilt und ob er aus der Bestimmung des Art. 3 Abs. 3 code civil abgeleitet werden könnte. Jedenfalls ergiebt er sich für das badische Recht (vergl. § 2 lit. l. des VI. badischen Konstitutionsedikts vom 4. Juni 1808, Verordnung vom 16. Juni 1818 über das eheliche Güterrecht des Ausländer, Art. 16 des badischen E.G. vom 6. August 1862 zum Allgemeinen deutschen H.G.B.).

Nr. 2261. II. Sen. 24. März 1893. II. 16. 93. Bd. 31, Nr. 77, S. 344.

Ungültigkeit eines Kaufvertrages unter Ehegatten wegen Mangels einer gesetzmäßigen Ursache. (Rhein. R.). Soweit es sich bei der Anfechtung des Kaufvertrages durch die Kläger (Gläubiger des Ehemannes) um die Anwendung des Art. 1595 Nr. 2 code civil handelt, konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum annehmen, daß der hier vorgesehene Ausnahmefall, in dem ein Kaufvertrag unter Ehegatten gestattet ist, bei den festgestellten thatsächlichen Verhältnissen nicht gegeben war. Als eine rechtmäßige Ursache (cause légitime), die es rechtfertigt, daß der Ehemann an seine nicht in Gütern getrennte Frau Gegenstände verkauft, die ihm angehören, wird im Gesetz beispielsweise der Fall aufgeführt, daß der Ehefrau für von ihr eingebrachtes, nicht mehr vorhandenes Sondergut Ersatz (remploi) gewährt wird. Dabei ist aber hinzugefügt, daß der Verkauf nicht gerechtfertigt ist, wenn die Gegenstände in die Gütergemeinschaft gefallen waren. Nach der in Frankreich in Rechtsprechung und Rechtslehre herrschenden Auffassung soll nun Art. 1595 Nr. 2 überhaupt nur Anwendung finden, wenn der Ehe-

frau eine créance actuelle et exigible zusteht. Hiernach würde die angefochtene Entscheidung in diesem Punkte ohne weiteres gerechtfertigt sein, da der Ehefrau ein Anspruch auf sofortigen Ersatz ihres Einbringens nicht zustand. Im vorliegenden Falle kann aber dahingestellt bleiben, ob diese weitgehende die Anwendung des Art. 1595 Nr. 2 außerordentlich einengende Auffassung als zutreffend erscheint oder ob nicht auch in solchen Fällen, wo ein augenblicklicher Ersatz zwar nicht erzwungen werden kann, aber doch als gerechtfertigt erscheint und in anderer Weise ohne weiteres gewährt werden dürfte (vergl. Art. 1435 code civil), das Vorhandensein einer rechtmäßigen Ursache im Sinne des Art. 1595 Nr. 2 angenommen werden darf. In Art 1595 Nr. 2 wird nämlich unzweifelhaft vorausgesetzt, daß der Ehefrau ein Ersatzanspruch wegen Veräußerung ihres, auch Dritten, insbesondere den Gläubigern des Ehemannes gegenüber, von der Gütergemeinschaft ausgeschlossenen und ihrer eigenen Verfügung unterliegenden Sonderguts zusteht. Im gegebenen Falle ist aber weder von einer Veräußerung von Grundstücken, die die Ehefrau gar nicht besaß, noch von der des von ihr in die Ehe gebrachten Mobiliars die Rede gewesen. Der Ersatzanspruch der Ehefrau ist vielmehr lediglich darauf gestützt worden, daß sie 30000 Francs bares Geld in die Ehe gebracht habe, die der Nutznießung des Ehemannes anheimfielen (Art. 1401 Nr. 2 und 1498 code civil). Dies bare Geld ist unzweifelhaft Dritten gegenüber nicht Sondergut der Ehefrau geblieben, sondern in die Gütergemeinschaftsmasse geflossen derart, daß der Ehemann als dessen Eigentümer anzusehen war und seine Gläubiger darauf greifen konnten (vergl. Art. 587 code civil). Bei diesem Sachverhalte lagen die Voraussetzungen für einen remploi überhaupt nicht vor; vielmehr konnte die Ehefrau nur nach Auflösung der Gütergemeinschaft eine Forderung gegen den Ehemann geltend machen (Art. 1470 ff. code civil). Der Umstand, daß sie künftig einmal diese Forderung erheben darf, rechtfertigt in keinem Falle die Anwendung des Art. 1595 Nr. 2. Die „rechtmäßige Ursache" wird auch dadurch nicht ersetzt, daß die Ehefrau nachträglich eine Gütertrennung erwirkt hat und daß eine solche vielleicht schon bei Abschluß des Kaufvertrages in Aussicht genommen war. Fehlte es aber an einer solchen Ursache, so war der Kaufvertrag als absolut ungültig anzusehen und den Klägern stand in ihrer Eigenschaft als Gläubigern des beklagten Ehemannes an sich das Recht zu, diese Nichtigkeit geltend zu machen. Die Ungültigkeit würde auch nicht dadurch geheilt sein, daß die Ehegatten nach erfolgter Gütertrennung etwa beschlossen haben sollten, den Kaufvertrag aufrecht zu halten. Diese hätten vielmehr, um einen Eigentumsübergang herbeizuführen, einen neuen Kaufvertrag abschließen müssen. Eine stillschweigende Genehmigung des Kaufvertrages konnte in keinem Falle die Wirkung haben, eine Klage auf Ungültigkeitserklärung auszuschließen (Art. 1131, 1133 code civil). Auch der weitere Angriff der Revisionskläger (Beklagten), die Kläger könnten den Ausspruch der Ungültigkeit deshalb nicht verlangen, weil sie daran keinerlei Interesse hätten, konnte nicht durchschlagen. An sich haben die Kläger unzweifelhaft ein Interesse daran, feststellen zu lassen, daß die verkauften Grundstücke noch Eigentum ihres Schuldners sind, da sie in diesem Falle ihrem Zugriffe unterliegen, und die Kläger auf Grund ihres Urteils eine Hypothekareinschreibung bewirken können, sofern dies nicht bereits früher geschehen ist (Art. 2123 code civil). Der Umstand aber, daß, wenn die Kläger sofort eine Zwangsvollstreckung betreiben würden, sie voraussichtlich mit Rücksicht auf die gesetzliche Hypothek der beklagten Ehefrau keine Befriedigung erlangen könnten, schließt ihre Befugnis zur Erhebung der Klage auf Nichtigerklärung des Kaufvertrages nicht ohne weiteres aus, weil die thatsächlichen Verhältnisse sich immerhin ändern können. Bei den gegebenen Verhältnissen läßt sich ein Interesse der Kläger an der Feststellung, und zwar an der alsbaldigen Feststellung der Ungültigkeit des Kaufvertrages um so weniger in Abrede stellen, als nicht einmal feststeht, ob eine Gütertrennung in wirksamer Weise bereits erfolgt ist und ob die beklagte Ehefrau später in der Lage sein wird, von der ihr (bedingt) zustehenden gesetzlichen Hypothek Gebrauch zu machen.

Nr. 2262. II. Sen. 25. Oktober 1895. II. 184. 95. Bd. 36, Nr. 81, S. 331.

Rechtsstellung der überlebenden Ehefrau, wenn die Eheleute ihren Wohnsitz aus dem Geltungsbereiche des westfälischen Gesetzes vom 16. April 1860 in das rheinische Rechtsgebiet verlegt haben und der Ehemann in letzterem verstorben ist. (Rhein. R.). Die Eheleute S. sind im Jahre 1870 in Duisburg zur Ehe geschritten und haben dort unter Herrschaft des westfälischen Gesetzes vom 16. April 1860 ihren ersten Wohnsitz gehabt. Im Jahre 1871 verlegten sie ihren Wohnsitz nach Mülheim a. Rh. im Gebiete des code civil. Aus der Ehe sind Kinder hervorgegangen. Der Vater starb 1885 in Mülheim a. Rh. Die überlebende Witwe bestellte durch notariellen Akt vom 29. Dezember 1890 zu Gunsten der Firma H. eine Hypothek auf ein während der Ehe von beiden Eheleuten erworbenes Haus in Mülheim a. Rh. zum Betrage von 13000 Mk. für eine bestehende Geschäftsschuld. Über das Vermögen der Witwe S. wurde 1892 der Konkurs eröffnet und das gedachte Haus zwangsweise verkauft. In dem über den Erlös eingeleiteten Verteilungsverfahren wurde die Firma H. mit ihrer Hypothekenforderung auf einen Teil des Erlöses angewiesen. Die Kinder der Witwe S. klagten nun gegen die Firma H. auf Löschung ihrer Anweisung in dem Teilungsplane, weil ihre Mutter gesetzlich nicht befugt gewesen sei, allein über das zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörige Haus zu verfügen und es rechtsgültig zur Hypothek zu stellen. In der ersten Instanz ist die Klage als unbegründet abgewiesen, in der zweiten Instanz ist nach dem Klagantrage erkannt. Auf die Revision der Beklagten ist das Berufungsurteil aufgehoben. Das Oberlandesgericht geht zunächst mit Recht davon aus, daß das eheliche Güterrecht des ersten Wohnsitzes der Eheleute maßgebend bleibe für das Rechtsverhältnis unter den Ehegatten, auch wenn sie später ihren Wohnsitz nach einem Orte verlegt haben, der von einem anderen ehelichen Güterrecht beherrscht wird. Dieser Satz ist in Doktrin und Rechtsprechung nicht bloß für das gemeine Recht, sondern auch für das französische Recht allgemein anerkannt. Weiter muß dem Oberlandesgericht darin beigepflichtet werden, daß das eheliche Güterrecht des ersten Wohnsitzes der Eheleute bei Veränderung des Wohnsitzes insofern nicht zur Anwendung kommen kann, als dieser Anwendung nach dem Rechte des neuen Wohnsitzes absolut gebietende oder verbietende Gesetze entgegenstehen würden. Das Oberlandesgericht nimmt nun an, und darauf beruht seine Entscheidung, daß die e r b r e c h t l i c h e n Vorschriften des code civil, insbesondere die Vorschriften über das Pflichtteilsrecht der Kinder der Anwendung des Gesetzes vom 16. April 1860 bezüglich der dadurch dem überlebenden Ehegatten bei beerbter Ehe eingeräumten weitgehenden Verfügungsbefugnisse über die ganze Gütergemeinschaftsmasse entgegenstehen, daß die einschlagenden Vorschriften des code civil zwingender Natur seien und in dessen Bereiche nicht zugelassen werden können, daß eine überlebende Ehefrau im Widerspruche mit den Art. 1388, 1389 code civil zum Nachteile der Kinder eine solche Verfügung über das gemeinschaftliche Vermögen treffe, wie sie durch die in Rede stehende Hypothekbestellung getroffen worden sei. Diese Annahme des Oberlandesgerichts ist rechtsirrtümlich. Es kommt darauf an, ob die Bestimmung des gedachten westfälischen Gesetzes, daß der überlebende Ehegatte bei fortgesetzter Gütergemeinschaft bis zur Schichtung die volle Verfügungsgewalt über das gemeinschaftliche Vermögen habe, dem Gebiete des E r b r e c h t s oder dem des e h e l i c h e n G ü t e r r e c h t s angehört. Ist die Bestimmung eine erbrechtliche, so durfte sie auf die in das Gebiet des rheinischen Rechts verzogenen Eheleute und deren Kinder nicht angewendet werden. Denn das Erbrecht richtet sich nach den Gesetzen des letzten Wohnortes des Erblassers und nach den vom Oberlandesgericht angezogenen Bestimmungen des rheinischen Rechts war die Witwe S. allein nicht befugt, ein gemeinschaftliches Grundstück zur Hypothek zu bestellen. Ist dagegen jene Bestimmung eine güterrechtliche, so folgt sie dem allgemeinen Grundsatze, daß das Güterrecht des ersten ehelichen Wohnsitzes auch in dem neuen Rechtsgebiete anwendbar ist, wobei dann allerdings noch die weitere Frage zu untersuchen bleibt, ob im vorliegenden Falle dieser

Anwendung ein Verbotsgesetz entgegensteht. Anlangend den rechtlichen Charakter der in Rede stehenden Bestimmung des Gesetzes vom 16. April 1860, so ist in manchen Fällen schwer zu unterscheiden, ob beim ehelichen Güterrecht der Anspruch auf einen Nachlaß aus eigentlicher Intestaterbfolge oder aus der bloßen Fortentwickelung der während der Ehe bestehenden Güterverhältnisse herzuleiten ist. Die gesetzliche Regulierung der Güterverhältnisse unter Eheleuten, insbesondere bei bestehender Gütergemeinschaft und bei Anerkennung des Instituts der fortgesetzten Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den aus der Ehe hervorgegangenen Kindern, greift notwendig ein in die erbrechtlichen Beziehungen der Eheleute untereinander und der Kinder zu den Eltern. Zur richtigen Unterscheidung ist zu beachten, daß alle diejenigen Bestimmungen als ein Bestandteil des ehelichen Güterrechts anzusehen sind, die aus dessen Wesen hervorgehen und als dessen Folgen anzusehen sind, wenn sie sich auch äußerlich als erbrechtliche darstellen. Insbesondere müssen alle Vorschriften, die sich auf die Teilung des gemeinschaftlich gewesenen Vermögens, den Nießbrauch und die Verfügungsbefugnis des Überlebenden beziehen, als güterrechtliche, nicht als erbrechtliche behandelt werden, weil sie mit dem Wesen der Gütergemeinschaft in untrennbarem Zusammenhange stehen und aus ihm hervorgehen. Legt man diesen Maßstab an, so leuchtet ein, daß es sich im vorliegenden Falle lediglich um eine güterrechtliche Bestimmung handelt, die die Verfügungsbefugnis des überlebenden Ehegatten bei fortgesetzter Gütergemeinschaft betrifft (vergl. § 1381 des B.G.B., II. Lesung, für das Deutsche Reich), und es bleibt nur noch die Frage zu untersuchen, ob der Ausübung der der Witwe S. nach dem Rechte ihres ersten Wohnsitzes zustehenden freien Dispositionsbefugnisse im Gebiete des rheinischen Rechts ein verbietendes Gesetz entgegensteht. Die Frage ist nicht so zu stellen, ob die weitgehende Dispositionsbefugnis des überlebenden Ehegatten im Widerspruch steht mit den Vorschriften des rheinischen Rechts? Diese Frage wäre zu bejahen; sondern vielmehr so, ob ein Prohibitivgesetz besteht, das die Anwendung des ursprünglichen Domizilrechts der Eheleute im Gebiete des rheinischen Rechts nicht gestattet?, mit anderen Worten: ob die Vorschriften, die der code civil über das Güterrecht der Eheleute trifft, dergestalt der öffentlichen Ordnung angehören, daß neben ihnen andere abweichende Vorschriften, die nach einem im internationalen Rechte anerkannten Grundsatze für die Eheleute maßgebend bleiben, nicht zur Anwendung kommen dürfen? Diese Frage ist zu verneinen. Ein derartiges Prohibitivgesetz besteht nicht nach den rheinischen Gesetzen. Die Regelung des ehelichen Güterrechts ist nach den Grundsätzen des code civil überhaupt Vertragssache unter den Eheleuten. Die öffentliche Ordnung ist dabei nicht beteiligt. Selbst wenn das Güterrecht der Eheleute in Ermangelung eines Vertrages nach den für diesen Fall gegebenen Vorschriften des code civil zu beurteilen ist, muß angenommen werden, daß auch diese Regelung auf stillschweigendem Privatwillen der Eheleute beruht, weil sie rechtlich in der Lage waren, die gesetzlichen Bestimmungen durch Verträge abzuändern, es aber vorgezogen haben, sich dem vom Gesetze aufgestellten Systeme zu unterwerfen. Aus dieser Vertragsnatur des ehelichen Güterrechts folgt schon, daß der code civil die Anwendung eines ihm fremden ehelichen Güterrechts im eigenen Gebiete nicht allgemein untersagen kann. Es würde dadurch mit seinen eigenen Grundsätzen über die Vertragsfreiheit auch der Ausländer und dem Abs. 3 des Art. 3 code civil, der in gleicher Weise auf in Frankreich residierende Ausländer anzuwenden ist, in Widerspruch treten. Demnach ist das erste Urteil wiederhergestellt.

Nr. 2263. II. Sen. 13. Mai 1881. II. 291. 81. Bd. 4, Nr. 94, S. 350.

Vermögensabsonderung. Wechselfähigkeit der Ehefrau. (Rhein. R.). Die L.R. S. 217 und 1449 sind dahin auszulegen, daß eine Ehefrau auch nach erlangter Vermögensabsonderung nur insoweit von der ehemännlichen Ermächtigung entbunden ist, als sie **Verwaltungshandlungen** vornimmt. Was eine Verwaltungshandlung

sei, ist nach den konkreten Vermögens- und Erwerbsverhältnissen zu beurteilen. Das Berufungsgericht hat thatsächlich festgestellt, daß im vorliegenden Falle die Kontrahierung einer Wechselschuld im Betrage von 2650 Mk. keine Verwaltungshandlung ist. Die Bemängelungen dieser Feststellung sind nicht zutreffend. Danach war die Klage durch die Einrede beseitigt, daß der Beklagten die ehemännliche Ermächtigung gefehlt hat.

Nr. 2264. II. Sen. 17. Mai 1881. II. 362. 80. Bd. 4, Nr. 95, S. 353.

Verpfändung des Sondergutes der Ehefrau durch den Mann unter Überschreitung der Grenzen seiner Vollmacht; Genehmigung durch die Ehefrau. (Rhein. R.). Der Ehemann L. hat die gesetzlichen Grenzen seiner Vollmacht dadurch überschritten, daß er Sondergut seiner Ehefrau verpfändete (Art. 1988 code civil). Die Frage, ob eine Verpfändung der Art rechtsgültig genehmigt sei, ist nicht nach Art. 1338 code civil, der lediglich die Bestätigung von Verbindlichkeiten, die einer Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage unterworfen sind, zum Gegenstande hat, sondern nach Art. 1998 Abs. 2 a. a. O. zu beurteilen. Eine solche Genehmigung ist in der Erklärung der Ehefrau L., wonach sie die fragliche Darlehnsaufnahme und Verpfändung nach Mitteilung des Inhalts des bezüglichen Aktes unter Verzichtleistung auf jede Einrede anerkennt, mit Recht gefunden. Diese Genehmigung aber hatte zur Folge, daß die in Rede stehende Verpfändung rückwärts Gültigkeit erlangte, gleich als wenn dieselbe von vornherein auf Grund einer regelrechten Vollmacht geschehen wäre.

Nr. 2265. II. Sen. 6. Oktober 1882. II. 333. 82. Bd. 7, Nr. 86, S. 299.

Erstrecken des gesetzlichen Pfandrechts der Ehefrau auf den noch ausstehenden Kaufpreis einer ehemännlichen Liegenschaft. (Rhein. R.). Die Klägerin beansprucht ein Vorrecht auf den ausstehenden Kaufpreis von Liegenschaften, die teils vom Beklagten allein, (mit dem ihr Ehemann in einem Gesellschaftsverhältnisse gestanden hatte, dessen Gegenstand der An- und Verkauf von Grundstücken war), teils vom Beklagten und ihrem Ehemanne, teils von Letzterem allein unter ihrer Mitwirkung, und zwar vor Auflösung der zwischen dem Beklagten und ihrem Ehemanne bestandenen Gemeinschaft aus freier Hand verkauft worden waren. Ihr Anspruch setzt daher voraus, nicht nur, daß ihr an den fraglichen Grundstücken ein Pfandrecht zugestanden hat und solches auch nicht erloschen ist, sondern auch, daß dasselbe auf die ausstehenden Kaufpreise übergegangen ist und ihr an diesen ein Vorrang vor anderen Gläubigern ihres Ehemanns, insbesondere des Beklagten zusteht, der wegen einer Forderung an den Ehemann Beschlag auf diese ausstehenden Kaufpreise gelegt hat. Der Anspruch der Klägerin ist schon um deswillen hinfällig, weil ihr selbst dann kein Pfandrecht an den ausstehenden Kaufgeldern zustände, wenn sie auch ein solches an den veräußerten Liegenschaften hätte. Hat ein außergerichtlicher Verkauf von Liegenschaften stattgefunden und ist kein Purgationsverfahren eingeleitet worden, so besteht neben der persönlichen Haftung des Erwerbers für den Kaufpreis die Haftung der Liegenschaft für die Pfandschuld fort, und es wird die letztere Haftung durch die Bezahlung des Kaufpreises nicht aufgehoben. Der Kaufpreis hat keinen anderen Charakter als den einer Forderung des Verkäufers an den Käufer. Forderungen können aber nicht Gegenstand von Hypotheken sein (L.R. S. 2118 des badischen L.R.), sondern sind ein Teil des Mobiliarvermögens des Verkäufers. Der Satz pretium succedit in locum rei, res in locum pretii findet hier keine Anwendung. Er gilt im badischen Rechte nur in bestimmten nicht auszudehnenden Fällen, und zwar entweder dahin: pretium succedit in locum rei und res in locum pretii L.R. S. 132, oder dahin, nur pretium in locum rei L.R. S. 747, 766, 1433 oder dahin, nur res in locum rei L.R. S. 1407. Überdies folgt daraus, daß die Sache fortdauernd verhaftet bleibt, daß die erwähnte Regel gar nicht zur Anwendung kommen kann, da gar nicht ein Übergang des auf der Sache lasten-

den Rechts auf den Kaufpreis, sondern vielmehr eine Haftung der Liegenschaft und des Preises angenommen würde. Dann würde aber keine Succession, sondern eine Kumulierung vorliegen. Nr. 2268.

Nr. 2266. II. Sen. 19. Dezember 1882. II. 407. 82. Bd. 8, Nr. 85, S. 320.

Erwerb der Ehefrau als Wiederanlage (remploi). Art. 1433—1435, 2205, 1476 code civil. (Rhein. R.). Schon im älteren französischen Recht, das den remploi von dem Gesichtspunkte der Subrogation auffaßt, war der Grundsatz anerkannt, daß, wenn der Kaufpreis des erworbenen Grundstückes den zu deckenden Reprisenanspruch erheblich übersteigt, dasselbe nur nach Verhältnis des letzteren Sondergut wird, für den übrigen Teil aber zur Errungenschaft gehört. Auch unter der Herrschaft des code civil, dessen Vorschriften in dieser Lehre durchaus auf dem Boden des älteren Rechts stehen, muß der angeführte Grundsatz als Norm gelten, womit auch die in Doktrin und Rechtsprechung herrschende Meinung übereinstimmt. Hiernach beruht es auf einer irrigen Anschauung, wenn das Oberlandesgericht lediglich aus dem Grunde, weil das hier in Rede stehende Grundstück bedeutend wertvoller als das veräußerte Sondergut der Klägerin sei, die Nichtrechtsbeständigkeit des Ankaufes des ersteren herleiten will. Anders würde sich die Sache allerdings dann verhalten, wenn im gegebenen Falle der Reprisenanspruch im Verhältnisse zu dem Preise des Grundstücks so minimal erschiene, daß nach den Umständen des Falles eine Simulation der Ehegatten anzunehmen wäre. Anderenfalls könnte, da dann das Miteigentum der Klägerin feststände, der Beklagte nach Art. 2205 code civil, der gemäß Art. 1476 a. a. O. auch für die Gütergemeinschaft gilt, den Anteil seines Schuldners, des Ehemannes der Klägerin, vor stattgehabter Teilung zur Zwangsversteigerung nicht bringen.

Nr. 2267. II. Sen. 29. Mai 1883. II. 106. 83. Bd. 10, Nr. 79, S. 278.

Gütergemeinschaft. Ausstehender Kaufpreis einer während der Ehe veräußerten Liegenschaft eines Ehegatten. (Rhein. R.). Wenn S. 1433 (badisches L.R.) für den Fall, daß die Gemeinschaft den Preis bezogen hat, den Ehegatten, dessen Grundstück veräußert worden ist, für berechtigt erklärt, ihn zum voraus aus der Gemeinschaft zu ziehen, so läßt sich hieraus schließen, daß der noch ausstehende Preis nicht in die Gemeinschaft fällt, sondern an Stelle der Liegenschaft Sondergut geblieben ist. Wenn ferner aus dem Erlöse eine andere Liegenschaft zum Ersatze der veräußerten angeschafft worden ist, so tritt diese schon um deswillen an die Stelle der letzteren, weil die Erwerbung nicht aus Mitteln der Gemeinschaft, sondern aus dem Sondergut gemacht worden ist, daher muß bei der neuen Erwerbung nicht nur erklärt werden, daß sie zum Ersatze des Veräußerten, sondern auch, daß sie mit dem Erlöse der eigen gewesenen Grundstücke geschehen sei (L.R. S. 1434, 1435). Endlich würde die Vorschrift in L.R. S. 1428, daß der Ehemann die eheweiblichen Liegenschaften nicht ohne Bewilligung der Ehefrau veräußern darf, wesentlich beeinträchtigt, wenn der Erlös der beliebigen Verfügung des Ehemannes und dem Zugriffe seiner Gläubiger unterworfen wäre. Die Annahme, daß der ausstehende Kaufpreis der Sonderliegenschaft der Ehefrau dem Zugriffe der ehemännlichen Gläubiger unterworfen sei, steht im Widerspruch mit der herrschenden Ansicht, daß der ausstehende Kaufpreis Sondergut ist.

Nr. 2268. II. Sen. 11. Mai 1883. II. 561. 82. Bd. 9, Nr. 86, S. 307.

Gesetzliches Unterpfandsrecht der Ehefrau. Mitwirkung der Ehefrau beim Verkaufe einer Liegenschaft während bestehender Gütergemeinschaft. (Rhein. R.). Die Eheleute B. hatten während bestehender Ehe fünf zur ehelichen Gütergemeinschaft gehörige Liegenschaften verkauft, und über den noch ausstehenden Kaufpreis ist das Verteilungsverfahren (Art. 2186 code civil, Elsaß.-Lothr. Gesetz vom 30. Mai 1880) eröffnet. Nach dem seither erfolgten Tode des Ehemannes hat die Ehefrau bei der

Auseinandersetzung mit den Erben des Mannes die Anerkennung einer großen Ersatzforderung erlangt und auf die eheliche Gütergemeinschaft verzichtet (Art. 1453 ff., 1492 ff. a. a. O.). Die Cessionare und Subrogatare der Frau B. haben deren gesetzliches Unterpfandsrecht gegenüber anderen Gläubigern im Verteilungsverfahren geltend gemacht. Dasselbe ist vom Reichsgericht anerkannt. Gegenstand des gesetzlichen Unterpfandrechts der Ehefrau sind nach Art. 2121, 2135 Nr. 2 code civil die Immobilien des Ehemannes, wozu die Gemeinschaftsliegenschaften nicht gehören (Art. 1401, Nr. 2 und 3, 1402, 1470 Nr. 1 a. a. O.). Die Frau, welche auf die Gütergemeinschaft verzichtet, verliert nach Art. 1492 a. a. O. jede Art von Recht an dem Gemeinschaftsvermögen. Dies ganze Vermögen gehört also nun dem Ehemanne, und die Gemeinschaftsliegenschaften erscheinen als solche, welche dem Ehemanne von Anfang an gehört haben. Ob der Ehefrau an dem Gemeinschaftsvermögen (vor Verzicht auf die Gütergemeinschaft) ein ruhendes Miteigentum oder nur ein Eventualrecht zusteht, kann dahingestellt bleiben, denn auch wenn Ersteres anzunehmen wäre, würde sich aus Art. 833 a. a. O. ergeben, daß infolge des Verzichts der Frau auf die Gemeinschaft das Miteigentum derselben verschwindet und der Ehemann mit rückwirkender Kraft als der ursprüngliche Erwerber und Eigentümer anzusehen ist. Im vorliegenden Falle hat nun die Ehefrau, jetzige Witwe B., bei dem Verkaufe der fünf Liegenschaften an R. mitgewirkt, und hierin liegt allerdings ein stillschweigender Verzicht der Ehefrau auf ihr gesetzliches Unterpfandsrecht. Es fragt sich aber, ob dieser Verzicht (wie der badische Zusatz L.R. S. 2180[a] bestimmt) allgemeine Gültigkeit hat oder ob seine Wirkung auf den neuen Erwerber, dessen Rechtsnachfolger und Gläubiger zu beschränken ist. Bei dem Mangel einer gesetzlichen Vorschrift kann nach französischem Civilrechte nur das Letztere angenommen werden. Jeder Verzicht unterliegt seiner Natur nach einer strengen Auslegung, und erscheint der Verzicht als Teil eines Vertrages, so ist seine Wirkung auf die Kontrahenten und deren Rechtsnachfolger beschränkt (Art. 1101, 1122 code civil). Der fragliche Verzicht erfolgt zum Zwecke des Verkaufes und zur Sicherung des Käufers sowie seiner Rechtsnachfolger gegen die Ansprüche der Ehefrau aus ihrem Unterpfandsrechte, läßt also das Unterpfandsrecht der Ehefrau gegenüber anderen Gläubigern unberührt, weshalb sie dasselbe gegen diese im Verteilungsverfahren zum Zwecke der Purgation auf den noch ausstehenden Kaufpreis der betreffenden Liegenschaft geltend machen kann. Nr. 2265. Das gleiche Recht gebührt den in gesetzmäßiger Weise subrogierten Gläubigern oder Cessionarien der Ehefrau. Nr. 2290.

Nr. 2269. II. Sen. 18. November 1879. II. 11. 79. Bd. 1, Nr. 70, S. 194.

Gütergemeinschaft. Teilhypothek. (Rhein. R.). Die auf Grund eines gegen den Schuldner nach dem Tode seiner nicht mitbeklagten Ehefrau erlassenen Urteils gegen ihn allein bewirkte Hypothekareinschreibung trifft nur seinen Anteil an dem gütergemeinschaftlichen Grundstück, wenn auch die Schuld eine gütergemeinschaftliche und die Ehefrau erst im Laufe des Prozesses nach Hinterlegung der Anträge gestorben ist. Die Teilhypothek ist auch dann unwirksam, wenn bei der die Aufhebung der Gemeinschaft bezweckenden Licitation nicht ein Miterbe des Schuldners, sondern ein Dritter Ansteigerer des Grundstücks geworden ist. Art. 1421, 2149, 883 code civil. Nr. 4047.

Nr. 2270. II. Sen. 17. November 1885. II. 246. 85. Bd. 14, Nr. 85, S. 314.

Anfechtung des Verzichts auf eine Dienstbarkeit durch den Käufer eines eheweiblichen Grundstückes wegen Mangels der ehemännlichen Ermächtigung und wegen Hypothekenrechts. (Rhein. R.). Der Kläger hat aus der Subhastation gegen die Ehefrau K. ein Haus ersteigert; er erhob gegen den Nachbar Klage auf Anerkennung einer jenem Hause an dem Grundstücke des Beklagten zustehenden Dienstbarkeit. Der Beklagte wendete ein, daß die Ehefrau K. längst vor der Subhastation vertragsmäßig

auf die Dienstbarkeit verzichtet habe. Hiergegen machte der Kläger geltend, daß die Ehefrau K. zu dem Vertrage nicht von ihrem Ehemanne ermächtigt gewesen sei und daß er, Kläger, eine Hypothek am Hause gehabt habe. Der Kläger ist abgewiesen, seine Revision zurückgewiesen. Der Art. 225 code civil gestattet die Anfechtung nur der Ehefrau, dem Ehemanne und deren Erben. Gegen eine Ausdehnung der Vorschrift auf besondere Rechtsnachfolger spricht der Grund des Gesetzes, welches die Autorisation nur in Rücksicht auf die ehemännlichen Rechte fordert. Zur Wahrung dieser können dritte Personen nicht berufen sein. Der Kläger ist aber auch kein besonderer Rechtsnachfolger; diese Eigenschaft kann nur in Bezug auf ein bestimmtes Recht des Vorgängers gedacht werden, worin das Recht eines nachfolgenden Berechtigten seinen Grund hat. Nur hinsichtlich des Eigentums an dem Grundstücke in dem Umfange und mit den Rechten, wie der Vorgänger solches besessen hat, ist der Kläger durch die Ansteigerung Singularsuccessor (ayant cause) geworden. Hieraus ergiebt sich aber keine Rechtsfolge in einen Vertrag, wodurch schon vor der Versteigerung Rechte, die diesem Grundstücke zustanden, aufgegeben waren. Auch aus seiner Eigenschaft als Hypothekargläubiger kann der Kläger eine wirksame Replik nicht herleiten. Sein Recht würde nur darin bestehen, mit dem Nachweise, daß der Verzicht auf die Dienstbarkeit einen Mindererlös und dadurch einen teilweisen Ausfall der Hypothek zur Folge gehabt habe, eine neue Versteigerung des Hauses mit der Dienstbarkeit herbeizuführen, wenn dies bei der gegenwärtigen Sachlage überhaupt noch möglich wäre.

Nr. 2271. II. Sen. 25. Oktober 1889. II. 186. 89. Bd. 24, Nr. 70, S. 340.

Begriff der allgemeinen Ermächtigung (autorisation générale). Art. 223 code civil. (Rhein. R.). Eine allgemeine Ermächtigung im Sinne des Art. 223 code civil liegt zwar nicht vor, wenn der Ehemann die Ehefrau durch eine und dieselbe Handlung ermächtigt, sich für mehrere genau bezeichnete Forderungen zu verbürgen. Dagegen ist eine solche gegeben, wenn die Ehefrau in allgemeiner Weise ermächtigt wird, die Haftung für alle Verbindlichkeiten zu übernehmen, welche ein Dritter einer bestimmten Person gegenüber eingehen werde. Die Sache liegt hier rechtlich ebenso, wie wenn die Ermächtigung dahin geht, daß die Ehefrau Rechtsgeschäfte anderer Art, z. B. Darlehnsverträge, Kaufverträge u. s. w. mit einer bestimmten Person oder mit mehreren Personen, nach ihrem Belieben abschließen dürfe. Der Charakter der allgemeinen Ermächtigung wird insbesondere dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Genehmigung zur Übernahme von Bürgschaften auf diejenigen Forderungen beschränkt wird, welche sich aus der Geschäftsverbindung des Dritten mit einer bestimmten Person, z. B. einem Bankier oder sonstigen Kaufmann, ergeben würden. Auch in derartigen Fällen wird im voraus die Ermächtigung zur Übernahme von Verbindlichkeiten erteilt, bezüglich deren Umfanges vollständige Ungewißheit besteht, deren Tragweite insbesondere der Ehemann nicht übersehen kann. Als zweifelhaft kann es nur erscheinen, ob die dargelegten Grundsätze auch dann Anwendung zu finden haben, wenn die Ehefrau nicht ermächtigt wird, sich in Zukunft durch mehrere Handlungen für Forderungen zu verbürgen, die nach Zahl und Höhe unbestimmt sind, sondern dieselbe sich mit Genehmigung ihres Ehemannes in einem Akte für alle Forderungen verbürgt, welche einem Dritten aus einer bestimmten Geschäftsverbindung erwachsen werden, sonach von ihr nur ein einziges Rechtsgeschäft abgeschlossen wird. Aber auch eine Ermächtigung der letzteren Art muß als eine allgemeine im Sinne des Art. 223 code civil angesehen werden. Wenn die Ehefrau ermächtigt wird, sich für alle Verbindlichkeiten, welche einem Dritten aus einer bestimmten Geschäftsverbindung erwachsen werden, zu verbürgen, so liegt jedenfalls dann nicht eine spezielle, sondern eine allgemeine Ermächtigung vor, wenn sich nicht, mit Rücksicht auf die Art dieser Geschäftsverbindung oder auf der Bürgschaft beigefügte Beschränkungen, erkennen läßt, welchen Umfang die voraussichtlich entstehenden Verpflichtungen erlangen werden. Der Umstand, daß die von der Ehefrau übernommene

Bürgschaft sich auf die Verbindlichkeiten bezieht, welche dem Ehemanne selbst aus einer bestimmten Geschäftsverbindung erwachsen werden, ist gleichfalls nicht geeignet, die Ermächtigung des Ehemannes regelmäßig als eine spezielle erscheinen zu lassen.

Nr. 2272. II. Sen. 20. April 1883. II. 541. 82. Bd. 10, Nr. 78, S. 275.

Haftung des Mannes für die Schulden der Frau. Art. 1409 code civil. (Rhein. R.). Die Vorschrift des Art. 1419 code civil ist eine Konsequenz der Regel des Art. 1409 Abs. 2 das. Danach muß für die von der Frau mit Genehmigung des Mannes kontrahierten Schulden das Vermögen des Mannes und der Gütergemeinschaft, welche nur ein Vermögen in den Händen desselben bilden, haften. Die Vorschrift des Art. 1419 a. a. O. kann aber auf den Fall der vorliegenden Art keine Anwendung finden. Die Eheleute P. schuldeten dem Beklagten H. eine gewisse Summe. Durch notariellen Akt haben sodann die Gläubiger, darunter H., dem Ehemanne P. einen Nachlaß von 72 Prozent ihrer Forderungen bewilligt und ist H. für den Rest seiner Forderung befriedigt worden. Damit war P. aus dem früheren Schuldverhältnisse gegen H. vollständig liberiert und kann daher für letzteres das Vermögen desselben, wozu auch die Gütergemeinschaft (Art. 1421 a. a. O.) gehört, an welcher der Frau nur ein eventuelles Recht zustand, nicht mehr in Anspruch genommen werden. Dieser Befreiung gegenüber erscheint der Umstand, daß sich die Ehefrau P. unter Zustimmung ihres Ehemannes dem H. solidarisch mit verpflichtet hat und von H. der Anspruch gegen die Erstere in dem Nachlaßvertrage ausdrücklich vorbehalten ist, rechtlich unwirksam, indem daraus nur die Befugnis des H., die Zwangsvollstreckung in das persönliche Vermögen der Frau zu erwirken, hergeleitet werden kann. Anderenfalls würde der zu Gunsten des Mannes bewilligte Nachlaßvertrag regelmäßig illusorisch werden.

Nr. 2273. II. Sen. 31. Januar 1882. II. 450. 81. Bd. 6, Nr. 89, S. 319.

Haftung des Ehemannes für Schulden der Ehefrau. L.R. S. 1409, 1414, 1418, 1419, 1484, 1485, 1498, 1500—1504, 1510 Badisches Landrecht. (Rhein. R.). Hat die Gütergemeinschaft die Gesamtheit des fahrenden Vermögens, das die Ehegatten zur Zeit der Eheschließung besaßen, vorbehaltlich der einstigen Abrechnung über den geschätzten Wert erworben, so ist die notwendige Folge hiervon, daß sie und daher der Ehemann als deren Herr auch die vorehelichen Schulden der Ehegatten zu bezahlen hat. — Zwar kann die Haftung der Gemeinschaft und folgeweise des Ehemannes nicht mehr in Anspruch genommen werden, wenn mit Auseinandersetzung der Gemeinschaft die Vermischung des Mobiliarvermögens der Ehegatten und der Gütergemeinschaft aufhört. Aber im vorliegenden Falle wurde die vertragsmäßige Schuldensonderung durch die andere Bestimmung des Ehevertrages, wonach der Ersatz des beweglichen Vermögens nicht im Stücke, sondern nach einem Anschlage erfolgen sollte, jedenfalls gegenüber den Gläubigern wieder aufgehoben, weshalb denselben der Ehemann nach L.R. S. 1409 Nr. 1 und 1401 haftet und L.R. S. 1510 nicht in Betracht kommt. Da es sich hier um eine eigene Schuld der Ehefrau handelt, welche der Gemeinschaft zur Last gefallen war, so haftet der Ehemann bezw. dessen Erbe nach Auflösung der Gemeinschaft nur für die Hälfte derselben, wenn sich die Ehefrau deren teilhaftig macht. Es ist davon auszugehen, daß die Ehefrau an der Gütergemeinschaft teilnehme, solange nicht dargethan wird, daß sie unter Beobachtung der im Gesetze vorgeschriebenen Formen von der Rechtswohlthat der Entschlagung Gebrauch gemacht hat. — Das Geding der Schuldensonderung bezieht sich nur auf die vorehelichen Schulden der Ehegatten sowie auf Schulden, die auf Erbschaften oder Schenkungen lasten, während betreffs der durch Rechtsgeschäfte während der Ehe kontrahierten Schulden die allgemeinen Regeln der gesetzlichen Gütergemeinschaft Platz greifen.

Nr. 2274. II. Sen. 2. April 1880. II. 61. 80. Bd. 1, Nr. 144, S. 408.

Vermögensabsonderung. (Bad. R.). Der Umstand, daß der Ehemann zur Zeit, als das Urteil auf Gütertrennung erlassen worden, sich noch in Gant befunden hat, ist nicht geeignet, die Ungültigkeit der erkannten Vermögensabsonderung zu beseitigen, die für den Fall der Nichtbefolgung der im L.R. S. 1444 gegebenen Vorschriften angedroht ist. Letzterer ist nicht verletzt worden, wenn er auf den vorliegenden Fall angewendet wurde, wo die Ehefrau sich auf eine vor nahezu sechs Jahren erwirkte Vermögensabsonderung beruft, zu deren Vollzug in dieser ganzen Zwischenzeit nichts geschehen ist.

Nr. 2275. II. Sen. 17. Oktober 1884. II. 208. 84. Bd. 12, Nr. 76, S. 305.

Legalhypothek der Ehefrau. (Rhein. R.). Weder die badischen Vorschriften in Anhangssatz 234 und § 30 des badischen E.G. vom 3. März 1879 noch Art. 551 code de commerce haben am ehelichen Güterrecht des B.G.B. etwas geändert oder auch nur ändern wollen. Nach L.R. S. 1404 bleiben sämtliche Liegenschaften, welche einer der Ehegatten am Tage des Eheabschlusses besitzt, dessen Sondergut, das nicht in die Gütergemeinschaft fällt. Im Hinblick auf L.R. S. 1408 ist in Doktrin und Praxis unbestritten, daß schon der bei dem Eheabschlusse einem der Ehegatten zustehende Titel genügt, um die betreffende Liegenschaft zu Sondergut des Ehegatten zu machen. Für Zusagen im Ehevertrage ist allerdings der Eheabschluß eine Voraussetzung (dies und conditio), aber daraus folgt nicht, daß sie erst vom Tage des Eheabschlusses datieren; wie sich aus L.R. S. 1179, 1185 ergiebt, bleibt vielmehr der Tag des Ehevertrages maßgebend.

Nr. 2276. II. Sen. 9. Dezember 1884. II. 296. 84. Bd. 12, Nr. 84, S. 326.

Sondergut der Ehefrau. Vermietung durch den Ehemann. (Rhein. R.) Der Ehemann W. hat bei Abschluß des Mietvertrages dem Beklagten das vermietete Haus ausdrücklich als eheweibliches Sondergut bezeichnet. Dennoch hat er den Vertrag nicht *in eigenem Namen*, sondern in seiner Eigenschaft als Verwalter des eheweiblichen Vermögens abgeschlossen (Art. 1248 code civil), und wenn auch die Dauer der Miete auf 20 Jahre vereinbart ist, so konnte doch der Beklagte darüber nicht im Zweifel sein, daß der ohne Wissen der Ehefrau, welche inzwischen verstorben, abgeschlossene und von ihr auch später nicht genehmigte Vertrag nach Auflösung der Gütergemeinschaft gemäß Art. 1429 code civil kündbar werde. Das Recht der Kläger, als Erben der Ehefrau diese Kündigung auszuüben, ist demnach unbestreitbar. Der vom Beklagten erhobene Einwand, daß die Mutter der Kläger im Ehevertrage ihrem Ehemanne die Nutznießung am fraglichen Hause vermacht habe und daß ihm auch bei der Auseinandersetzung der Gemeinschaft die Nutznießung zugeteilt worden sei, wäre nur erheblich, wenn der Mietvertrag vom Ehemanne *zugleich auch in eigenem Namen* in Rücksicht auf seine eventuelle Nutznießung nach aufgelöster Gütergemeinschaft abgeschlossen worden wäre.

Nr. 2277. II. Sen. 30. Oktober 1888. II. 195. 88. Bd. 22, Nr. 71, S. 371.

Recht der Ehefrau in der Zeit zwischen dem Tode des Ehemannes und der Teilung der ehelichen Gütergemeinschaft in Bezug auf Geltendmachung der zu dieser Gemeinschaft gehörigen Forderung. Art. 870, 873, 1220, 1476 code civil. (Rhein. R.). Den Vorschriften des code civil liegt die Auffassung zu Grunde, daß *Forderungen*, soweit sie als teilbar erscheinen, sich unter die dabei, als Gläubiger oder als Schuldner, beteiligten Personen kraft Gesetzes in der Weise teilen, daß jeder Gläubiger den auf ihn treffenden Anteil an der Forderung ohne Weiteres einklagen und jeder Schuldner auf den ihn treffenden Anteil verklagt werden kann. Da Art. 883 code civil neben der Vorschrift des Art. 1220 das. besteht, so muß letztere eine Einschränkung insofern erfahren, als sie nur für den Zeitraum durchgreift, der *vor* der Teilung des Nach-

lasses oder der sonstigen Gemeinschaft liegt und von da ab, vorbehaltlich der auf Grund des Art. 1220 erworbenen Rechte, der Teilungsvertrag endgültig darüber entscheidet, welcher Teilhaber in Ansehung einer zum Nachlasse gehörigen Forderung oder Schuld als Gläubiger bezw. Schuldner anzusehen sei. Solange aber eine Teilung noch nicht erfolgt ist, erscheint jeder Erbe befugt, bezüglich der einzelnen zur Erbschaft gehörigen teilbaren Forderungen gegen die Schuldner Klage zu erheben und Bezahlung desjenigen Betrages zu verlangen, der seinem Erbteile entspricht. Anders liegt die Sache bezüglich derjenigen Klagen, wodurch das Eigentumsrecht an einer zum Nachlasse gehörigen Sache geltend gemacht wird. Nr. 2498. Daß der Ehefrau bezw. deren Erben nach aufgelöster Gütergemeinschaft und vor stattgehabter Teilung des dazu gehörigen Vermögens das Recht zusteht, die Hälfte der zur Gemeinschaft gehörigen Forderungen einzuklagen, kann zwar aus Art. 1476 code civil abgeleitet werden, der nur in Ansehung der Teilung des Gemeinschaftsvermögens, insbesondere der einzuhaltenden Formen, der Wirkung der Teilung u. s. w. auf die für die Erbteilung geltenden Regeln verweist. Aber diese Befugnis ergiebt sich daraus, daß der in Frage stehende Grundsatz für jede Art von Vermögensgemeinschaft gilt und bezüglich der ehelichen Gütergemeinschaft eine abweichende Vorschrift nicht getroffen ist. Die Klägerin ist daher vom Berufungsgericht mit Recht für befugt erachtet, die auf sie fallende Hälfte der Forderung einzuklagen. Nr. 2495.

Nr. 2278. II. Sen. 30. März 1886. II. 432. 85. Bd. 15, Nr. 80, S. 324.

Kritischer Zeitpunkt für die Frage, ob Mobilien oder Immobilien in die Ehe eingebracht sind. Art. 883 code civil. (Rhein. R.). Es erscheint nicht gerechtfertigt, die Fiktion des Art. 883 code civil über ihren Zweck hinaus auch für das vermögensrechtliche Verhältnis zwischen einem Miterben und seinem Ehegatten gelten zu lassen in der Weise, daß das Ergebnis der Teilung dafür maßgebend wäre, ob ein Ehegatte, dem während der Ehe eine Erbschaft anfällt, Mobilien oder Immobilien geerbt habe. In dieser Beziehung erscheinen die Bestimmungen der Art. 1401 ff. code civil maßgebend, wonach anzunehmen ist, daß der Bestand der Erbmasse zur Zeit des Anfalles der Erbschaft darüber entscheidet, ob und wieviel der Ehegatte an Mobilien oder Immobilien geerbt habe, nicht aber das mehr oder weniger vom Zufalle abhängige Ergebnis einer späteren Teilung. Art. 1401 a. a. O. bestimmt, daß in die Gütergemeinschaft alles Mobiliarvermögen falle, welches dem Ehegatten während der Ehe als Erbschaft anfällt, und in gleicher Weise schließt Art. 1404 a. a. O. alles Immobiliarvermögen von der Gütergemeinschaft aus, welches dem Ehegatten während der Ehe als Erbschaft anfällt, und es ist anzunehmen, daß das Gesetz hier, wie es dem natürlichen Wortsinne entspricht, an den Anfall der Erbschaft und nicht an das Ergebnis der späteren Teilung gedacht hat. Jedenfalls ist Art. 883 a. a. O. dann nicht anwendbar, wenn es sich um Zahlung einer Herausgabe (soulte) auf eine Liegenschaft handelt, in welchem Falle diese Herausgabe an Stelle der Sache tritt (vergl. Art. 1408 code civil). Nr. 2404. Nr. 2507.

Nr. 2279. II. Sen. 12. Oktober 1886. II. 150. 86. Bd. 16, Nr. 68, S. 284.

Aktivlegitimation der Ehefrau zur Einklagung einer von ihr als Sondergut beanspruchten Forderung. Materiellrechtliche Vorschrift in Art. 1499 code civil. (Rhein. R.). Die Klage ist die Darlehnsklage, und zu dieser ist die Klägerin (Ehefrau) an sich durch die unbestrittenen Thatsachen legitimiert, daß sie dem Beklagten das Darlehn gegeben und daß dieser ihr in der Urkunde die Rückzahlung versprochen hat. Daß das Darlehn aus eigenen Mitteln hingegeben werde, ist nach dem code civil nicht erforderlich. Wohl aber könnte die Legitimation der Ehefrau auf Grund des Art. 1421 code civil bestritten werden, wenn sie allein und für sich eine zur Gütergemeinschaft gehörige Forderung einklagte. Es besteht nun aber unbestritten zwischen den

Eheleuten nur Errungenschaftsgemeinschaft, und der Ehemann hat sich der auf Zahlung an die Ehefrau gerichteten Klage angeschlossen. Dieser Anschluß kann mit Rücksicht auf § 51 C.P.O. nicht anders als die Erklärung aufgefaßt werden, daß die Forderung Sondergut der Klägerin sei, wie diese es behauptet. Im Verhältnisse zwischen den Eheleuten genügt aber dies Geständnis, um die Sondergutseigenschaft der Forderung darzuthun, und dadurch, daß der Ehemann ebenfalls als Kläger aufgetreten, ist gemäß Art. 1428 code civil die Legitimation der Ehefrau erbracht. — Die Frage, ob das Einbringen nur durch Inventar oder „état en bonne forme" bewiesen werden könne, berührt nicht die Stellung des Beklagten als Schuldner, sondern nur diejenige als Gläubiger, kommt also nur bezüglich seiner Einrede der Aufrechnung in Betracht. In dieser Richtung ist nun aber dem Berufungsgericht darin beizupflichten. daß der Art. 1499 code civil eine materiellrechtliche Vorschrift enthält, welche von der C.P.O. nicht berührt wird. Es ist nicht von einem Beweise durch Inventar die Rede, sondern die Konstatierung durch Inventar ist als Voraussetzung dafür erklärt, daß das Eigentum an den Mobilien von einem Ehegatten geltend gemacht werden kann. Vergl. auch Art. 1510 code civil. Nr. 2297.

Nr. 2280. II. Sen. 15. Januar 1892. II. 258. 91. Bd. 29, Nr. 69, S. 284.

Beweis des Einbringens, wenn die Ehefrau den Wert des Eingebrachten in einer Geldsumme beansprucht. (Rhein. R.). Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, daß L.R. S. 1499 (der zwar, wie auch das Berufungsgericht annimmt, keine bloße Beweisvorschrift bildet und daher auch durch die C.P.O. nicht aufgehoben ist) auf den vorliegenden Fall keine Anwendung findet, ist nicht rechtsirrtümlich. Der L.R. S. 1499 kommt, sei es auf dem Gebiete der Errungenschaftsgemeinschaft, sei es auf dem hier vorliegenden der Verliegenschaftung, nur dann in Betracht, wenn es sich um Verhältnisse zu Dritten, um die Geltendmachung von Ansprüchen unmittelbar an den Fahrnissen selbst, die nach der Behauptung des Geltendmachenden Sondereigentum sein sollen, handelt. Hier handelt es sich nun zwar um die Geltendmachung von Ansprüchen der Ehefrau an ihren Ehemann gegenüber Gläubigern des Letzteren, also gegenüber Dritten, aber nicht um die Geltendmachung von Ansprüchen der letzteren Art, vielmehr darum, daß die Ehefrau für jenen Betrag ihres zugesagten Einbringens, der die nach dem Ehevertrage in die Gütergemeinschaft eingeworfenen 50 Mk. übersteigt, den schon nach der ausdrücklichen Bestimmung des Ehevertrages nur in Geld rückforderbaren Wert in einer Geldsumme beansprucht. Die Ehefrau will also nicht diejenigen Gegenstände, die sie nach ihrer Behauptung in die Ehe eingebracht hat, dem Stücke nach der Gütergemeinschaft entziehen, nicht ein Sondereigentum an ihnen beanspruchen, sondern lediglich eine Geldforderung auf Grund der Thatsache geltend machen, daß sie mehr in die Ehe eingebracht habe als die nach dem Ehevertrage in die Gütergemeinschaft eingeworfenen 50 Mk. Dafür, daß auch für eine solche auf das Mehreinbringen gestützte Geldforderung das, was die Ehefrau in die Ehe eingebracht hat, nur auf ein Verzeichnis im Sinne des L.R. S. 1499 gebaut werden könne, giebt weder der Wortlaut noch der Zweck dieser Gesetzesbestimmung einen Anhalt. Es war daher nicht rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht auch bei dem Mangel eines Verzeichnisses der von der Ehefrau S. in die Ehe eingebrachten Gegenstände im Sinne des L.R. S. 1499 gleichwohl auf Grund der vorliegenden Beweise prüfte, welchen Wertbetrag die Ehefrau S. in die Ehe eingebracht habe und welche Geldforderung ihr hiernach zufolge des Übersteigens ihres Einbringens über die zufolge des Ehevertrages in die Gütergemeinschaft eingeworfenen 50 Mk. zustehe. Nr. 2284.

Nr. 2281. II. Sen. 22. Dezember 1891. II. 242. 91. Bd. 29, Nr. 76, S. 311.

Vereinbarung der Gütertrennung bezüglich des dem Ehemanne durch Schenkung oder Erbschaft anfallenden Vermögens neben der Gütergemeinschaft. Vermutung

des **Art. 1499 code civil.** (Rhein. R.). Die streitige Frage, ob auf ein güterrechtliches Verhältnis der hier festgestellten besonderen Art die Vorschrift des Art. 1499 code civil Anwendung finde, ist zu verneinen. Für das System der Errungenschaftsgemeinschaft (Art. 1498, 1499 code civil) kommen zwei Voraussetzungen wesentlich in Betracht, daß bezüglich der Nutzungen und des Erwerbes aus dem beiderseitigen Vermögen der Ehegatten Gemeinschaft besteht, und sodann, daß letzteres in der Hand des gesetzlich auch die Verwaltung des Frauengutes führenden Ehemannes sich vereinigt und so nach außen hin als eine einheitliche Masse erscheint. Daran knüpft sich dann die im Art. 1499 ausgesprochene Vermutung, daß Alles, was zu dieser Masse gehört, Acquest sei, sofern nicht das Sondereigentum des einen oder des anderen Ehegatten durch ein Inventar oder Verzeichnis in gehöriger Form dargethan wird. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber um ein Güterrechtsverhältnis von wesentlich verschiedener Art. Nach dem Heiratsvertrage der Eheleute B. teilt sich ihr Vermögen in zwei thatsächlich und rechtlich verschiedene Massen, zunächst das zur Zeit der Eheschließung von ihnen besessene Vermögen, für welches Gemeinschaftsrecht gilt, und sodann das während der Ehe ihnen durch Schenkung oder Erbschaft zufallende Vermögen, bezüglich dessen vollständige Gütertrennung vereinbart ist. Dadurch war, was das letztere betrifft, jede Gemeinschaft ausgeschlossen, und das der Frau Angefallene wurde freies der ehemännlichen Verwaltung nicht unterworfenes Sondergut derselben. Bei einem so geregelten Güterverhältnisse aber, wo es sich um zwei völlig getrennte und von verschiedenen Rechtssystemen beherrschte Massen handelt, fehlt es ersichtlich an der für eine beide letzteren umfassende Vermutung im Sinne des Art. 1499 code civil erforderlichen Grundlage. Hier kommt noch folgendes in Betracht. Nach den Vorschriften der Art. 1387 ff. code civil hatte zulässigerweise im Heiratsvertrage die Klägerin mit ihrem Ehemanne neben der vereinbarten Errungenschaftsgemeinschaft bezüglich des dem Ehemanne durch Schenkung oder Erbschaft zufallenden Vermögens stipuliert. Die Klage ist nur gegen den Verwalter im Konkurse der Handelsgesellschaft, deren Teilhaber der Ehemann war, auf Feststellung der der Klägerin gegen die Handelsgesellschaft zustehenden Forderung gerichtet, nachdem die Klägerin ein rechtskräftiges Gütertrennungsurteil erwirkt hatte. Der Art. 1499 a. a. O. findet nun nicht im Verhältnisse der Ehegatten, vielmehr nur zu Gunsten der Gläubiger derselben, deren Sicherung er bezweckt, Anwendung. Im vorliegenden Falle steht aber der Klägerin lediglich der Konkurs der genannten Handelsgesellschaft in der Person des Verwalters gegenüber, und von diesem Konkurse sind die persönlichen Gläubiger der Gesellschafter ausgeschlossen. Vergl. Art. 122 H.G.B., § 198 R.K.O. Daraus folgt, daß es dem Verwalter des Gesellschaftskonkurses nicht zusteht, sich aus dem Rechte der letzteren sich auf die Bestimmung des Art. 1499 code civil zu berufen.

Nr. 2282. III. Sen. 30. Juni 1891. II. 119. 91. Bd. 28, Nr. 86, S. 370.

Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Art. 1406 code civil. (Rhein. R.). Zur Anwendung des Art. 1406 code civil wird vorausgesetzt, daß das Grundstück von dem Ascendenten in Bausch und Bogen gegen Aufrechnung seiner eigenen Schuld oder gegen Übernahme der Schuld an einen Fremden überlassen wird. Das Grundstück muß, soweit der erste Fall in Betracht kommt, „in solutum" gegeben werden. Es darf nicht ein fester Kaufpreis bestimmt und es darf nicht ausgemacht sein, daß die fragliche Schuld lediglich auf den Kaufpreis abzurechnen und der Überschuß bar zu zahlen sei. Werden solche Bestimmungen getroffen, wenn auch zwischen Ascendenten und Descendenten, so kann nicht von einem Überlassen oder Abtreten des Grundstücks gegen Aufrechnung der Schuld gesprochen werden. Vielmehr liegt dann ein einfacher gewöhnlicher Kaufvertrag vor. Wenn man es auch für statthaft erachten muß, daß beide Fälle des Art. 1406 bei einem Akte vereinigt vorkommen, daß also der Übernehmer nicht bloß eine Schuld des Übertragenden als getilgt annimmt, sondern zugleich

noch eine fremde Schuld desselben übernimmt, so muß sich doch hierauf die ganze übernommene Verpflichtung beschränken, und es darf nicht außerdem noch nach Abrechnung der übernommenen Summen auf einen festgesetzten Kaufpreis der Rest dieses Preises bar ausgezahlt werden sollen. Das Gesetz kennt überhaupt für die beiden Fälle des Art. 1406 keinen Kaufpreis; es stellt nur die gesetzliche Vermutung auf, daß, sobald einer der beiden Fälle vorliegt, wobei es den Betrag der aufgerechneten oder übernommenen Schuld ganz dahingestellt sein läßt, ein nach den Grundsätzen der Schenkungen zu beurteilender Vertrag vorliege. Es ergiebt sich hieraus zugleich, daß der Artikel, da es sich bei ihm in Wirklichkeit um belastende Verträge handelt, eine Ausnahmebestimmung gegenüber der allgemeinen Vorschrift des Art. 1401 a. a. O. enthält, daß Immobilien, die während der Ehe durch belastende Verträge erworben werden, in die Gütergemeinschaft fallen. Deshalb ist es unzulässig, den Art. 1406 über die Fälle, die er selbst anführt, hinaus auszudehnen und dadurch weitere Fälle seiner Anwendung zu schaffen.

Nr. 2283. II. Sen. 22. September 1896. II. 132. 96. Bd. 38, Nr. 96, S. 366.

Anwendungsfälle der Verjährungsnormen der Art. 2277. 475 code civil. (Rhein. R.). Von den beiden seitens der Klägers gestellten Revisionsanträgen konnte zunächst der erste auf die Aberkennung der fünfprozentigen Zinsen von dem der Gütergemeinschaft G. K. seitens der Beklagten für Verwendungen auf das Sondergut der Ehefrau des Klägers während des Bestehens der Ehe zu ersetzenden Betrage von 1843 Mk. für die Zeit von der Auflösung der Gütergemeinschaft durch den Tod der Ehefrau, dem 29. Juli 1870, bis zum 26. Juni 1886 bezügliche nicht für begründet erachtet werden. Diese Aberkennung ist damit begründet, daß die von dem letztgedachten Tage laufenden mehr als fünfjährigen Zinsen vor der Geltendmachung des Anspruches im gegenwärtigen Verfahren nach Art. 2277 code civil verjährt seien. Die Aufstellung der Revision, daß dies um deswillen rechtsirrtümlich sei, weil der Art. 2277 a. a. O. auf die hier in Frage stehenden nach Art. 1473 vom Tage der Auflösung der Gütergemeinschaft geschuldeten Zinsen der Ersatzansprüche der Gütergemeinschaft bezw. der Ehegatten nicht anwendbar sei, ist nicht zutreffend. Daß der Art. 2277 auch auf gesetzliche Zinsen überhaupt Anwendung findet, ist wiederholt von dem erkennenden Senate in Übereinstimmung mit der französischen Rechtsprechung und Doktrin ausgesprochen worden. Dafür aber, in dieser Frage speziell bezüglich der gesetzlichen Zinsen des Art. 1473 eine Ausnahme eintreten zu lassen, liegen entscheidende Gründe nicht vor. Der Grund der fünfjährigen Zinsverjährung, die Verhinderung des unverhältnismäßigen Anwachsens einer Schuld durch unbeschänkten Zinsenlauf während einer langen Reihe von Jahren, ist insbesondere auch in Fällen der vorliegenden Art gegeben, in denen nach rechtlicher Auflösung der Gütergemeinschaft dieselbe thatsächlich mangels Auseinandersetzung während langer Zeit fortgesetzt wird und folgeweise der unbeschränkte Zinsenlauf der Ersatzforderungen zu einem das ursprüngliche Beteiligungsverhältnis wesentlich modifizierenden Ergebnisse führen muß. Auch der Umstand, daß hier eine ziffermäßige Feststellung der Ersatzforderungen während des thatsächlichen Fortbestehens der Gemeinschaft nicht erfolgt war, steht der Anwendbarkeit des Art. 2277 nicht entgegen. Da es sich um bestimmte Verwendungen der Gütergemeinschaft auf das Sondergut der Ehefrau G. handelte, für die die Ersatzansprüche in ziffermäßigen Beträgen jederzeit zwischen den Beteiligten festgesetzt werden konnten, so muß es für den Lauf der Zinsenverjährung als genügend erachtet werden, daß der Kläger vom Beginn der Auflösung der Gütergemeinschaft in der Lage war, im Wege der Auseinandersetzung mit seinen Kindern die Durchführung seiner bezüglichen Ansprüche zu erwirken. Der Satz „agere von volenti non currit praescriptio“ findet hier also keine Anwendung. Dagegen mußte der zweite, auf den Art. 475 code civil gestützte Revisionsantrag des Klägers und Widerbeklagten für begründet erachtet werden. Das Oberlandesgericht hat seinen

Einwand gegen die vom Landgericht ausgesprochene Verurteilung zur Rückerstattung der nach dem Tode seiner Ehefrau vereinnahmten Steiggelder von Sondergütern im Betrage von 1035 Mk. zu deren Nachlaß und der gleichfalls nach Auflösung der Gütergemeinschaft vereinnahmten 489 Mk. gütergemeinschaftlicher Steiggelder zur Gütergemeinschaft, daß nämlich diese Ansprüche der Beklagten nach Art. 475 code civil verjährt seien, um deswillen für unbegründet erachtet, weil, wenn auch der Art. 475 nach Einführung der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 noch als geltendes Recht zu erachten sei und wenn auch jene Vereinnahmungen während der Minderjährigkeit seiner Töchter, der späteren Ehefrauen des Beklagten P. H., seitens des Klägers und Widerbeklagten erfolgt seien, doch keine „vormundschaftlichen Handlungen, faits de la tutelle" im Sinne des bezogenen Artikels in Frage ständen; der Kläger sei bei den fraglichen bei Lebzeiten seiner Frau erfolgten Versteigerungen als Gelderheber bestellt gewesen und habe daher als solcher, nicht als Vormund die fraglichen Gelder eingenommen. Zunächst ist dem Oberlandesgericht darin beizupflichten, daß der Art. 475 code civil nicht durch die Vormundschaftsordnung beseitigt ist. Aufgehoben sind nach § 102 das. die bisherigen Vorschriften der in Preußen geltenden Gesetze, insbesondere auch des rheinischen Civilgesetzbuches, über das Vormundschaftswesen, soweit sie nicht in dem Gesetze ausdrücklich aufrecht erhalten sind. Der Art. 475 gehört aber dem Verjährungsrecht an, und wenn auch die darin vorgesehene kürzere Verjährung von Ansprüchen aus vormundschaftlichen Handlungen zu Gunsten des Vormundes veranlaßt ist durch die mit der Vormundschaft nach verschiedenen Richtungen vielfach verknüpften besonderen Verhältnisse, und wenn dieselbe ferner auch das Rechtsverhältnis zwischen Vormund und Mündel materiell beeinflußt, so bildet doch die Verjährungsbestimmung sachlich keine Vorschrift über das Vormundschaftswesen, insbesondere nicht in der sich aus der Vormundschaftsordnung ergebenden Auffassung. Die weitere Annahme des Oberlandesgerichts aber, daß die Voraussetzungen des Art. 475 im vorliegenden Falle nicht gegeben seien, ist nach der festgestellten Sachlage rechtsirrtümlich. Mit dem am 29. Juli 1870 erfolgten Ableben seiner Ehefrau wurde der Kläger kraft Gesetzes (Art. 390 code civil) Vormund seiner damals noch minderjährigen Töchter. Soweit eine Bevollmächtigung seitens seiner Ehefrau bestand, erlosch dieselbe gemäß Art. 2003 code civil. Gleichzeitig wurden die ausstehenden Steiggelder der Sondergüter der Mutter ausschließliches Eigentum der Töchter als ihrer Erbinnen, und an denen der gütergemeinschaftlichen Grundstücke wurden sie zusammen zur Hälfte beteiligt. Die Vereinnahmung dieser Gelder während der Minderjährigkeit bildete daher virtuell einen Akt der Verwaltung des Vermögens der Mündel, also der vormundschaftlichen Verwaltung, und soweit der Kläger bisher diese Gelder seinen Töchtern bezw. deren Erben nicht herausgegeben oder verrechnet hat, beruht seine Haftbarkeit auf vormundschaftlichen Handlungen im Sinne des Art. 475 a. a. O. Die von dem Kläger insoweit geltend gemachte Verjährungseinrede ist daher an sich begründet. Es kann dies indessen nicht zur völligen Abweisung der betreffenden Ansprüche führen, weil feststeht, daß die Erhebung der Steiggelder nur zum Teil während der Minderjährigkeit der Töchter erfolgt ist, und soweit dieselben vom Kläger nach der Großjährigkeit der einen oder beider, sei es auf Grund eines stillschweigenden Mandates oder einer negotiorum gestio vereinnahmt wurden, von einer Verjährung auf Grund des Art. 475 nicht die Rede sein kann.

Nr. 2284. II. Sen. 27. November 1896. II. 208. 96. Bd. 38, Nr. 98, S. 377.

Vermutung für die Eigenschaft des Mobiliarvermögens bei Errungenschaftsgemeinschaft als erworbenes Vermögen. Art. 1499 code civil. (Rhein. R.). Die Revision ist zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht nimmt zunächst mit Recht an, daß der Art. 1499 code civil sich nicht bloß auf bewegliche körperliche Sachen, sondern auch auf Forderungen bezieht, indem der darin gebrauchte Ausdruck „Mobiliarvermögen" Beides umfaßt. Wenn das Oberlandesgericht davon ausgeht, daß in dem Urteil

Nr. 2280 nicht das Gegenteil habe ausgesprochen werden sollen, so ist diese Auffassung zutreffend. Jenes Urteil behandelte einen mit Rücksicht auf den damals vorliegenden Ehevertrag besonders gearteten Fall und hatte seinen Schwerpunkt in dem Inhalte des abgeschlossenen Ehevertrages. Es ist nicht die Meinung des Urteils, daß der Art. 1499 Dritten gegenüber auf Geldforderungen das einen Ehegatten gegen den anderen, mögen sie bei Abschluß der Ehe schon vorhanden gewesen oder seitdem entstanden sein, überhaupt keine Anwendung finden solle. Im vorliegenden Falle hat die Klägerin als Cessionarin der Ehefrau des Gemeinschuldners die rechtliche Natur ihres Anspruches nicht näher definiert. Während sie nach dem Thatbestande des Urteils erster Instanz nur behauptet, daß die Ehefrau des Gemeinschuldners während des Bestehens der Ehe bei der Erbteilung über den Nachlaß ihres Vaters F. N. als Vorempfang einen Betrag von 15000 Mk. sich habe anrechnen lassen, welchen Betrag F. N. im Juli 1890 zur Deckung einer Schuld ihres Ehemannes aus seinem Vermögen hergegeben habe, besagt die Cession, wodurch der Anspruch auf die Klägerin übergegangen ist, daß die Cedentin nach Abschluß der Ehe einen von ihrem Vater erhaltenen Betrag von 15000 Mk. eingebracht habe. Das Oberlandesgericht erörtert die verschiedenen möglichen rechtlichen Gesichtspunkte, unter welche der erhobene Anspruch nach den dürftigen thatsächlichen Anführungen der Klägerin gebracht werden könnte, und gelangt zu dem Resultate, daß es sich hierbei immer um eine Forderung der Ehefrau des Gemeinschuldners handle, nämlich entweder um eine auf sie übergegangene Forderung ihres Vaters an ihren Ehemann oder um eine durch sofortige Überlassung des von ihrem Vater erhaltenen Geldes an ihren Ehemann für sie selbst entstandene Forderung, die gegenüber Dritten der Vorschrift des Art. 1499 unterworfen sei. In dieser Ausführung kann ein Rechtsirrtum nicht gefunden werden. Wie es sich hinsichtlich der Anwendbarkeit des Art. 1499 verhielte, wenn die Ehefrau nicht dem Ehemanne überlassenes Geld, sondern Fahrnisstücke wie etwa Wertpapiere als Sondergut erhalten hätte, für deren in die Gemeinschaft geflossenen Erlös Ersatz verlangt würde, bedarf in dem vorliegenden Falle keiner Erörterung. Die Entscheidung ist daher durch Anwendung des Art. 1499 gerechtfertigt, sondern nicht die weitere Aufstellung der Klägerin für begründet erachtet werden könnte, daß sie bezw. ihre Cedentin nicht einem Dritten, den Gläubigern des Gemeinschuldners, sondern diesem, ihrem Ehemanne, selbst in der Person des Konkursverwalters gegenüberstehe. In dieser Hinsicht ist jedoch mit dem Oberlandesgericht anzunehmen, daß der Konkursverwalter, der jedenfalls auch das Interesse der Gläubiger des Gemeinschuldners zu vertreten hat, als ein Dritter angesehen werden müsse und die Ehefrau des Gemeinschuldners bei Geltendmachung von Forderungen im Konkurse nicht so behandelt werden dürfe, als wenn sie lediglich ihrem Ehemanne gegenüberstände.

Nr. 2285. II. Sen. 20. Mai 1892. II. 91. 92. Bd. 29, Nr. 81, S. 326.

Anwendbarkeit des Art. 1499 code civil, wenn an die Stelle des ursprünglichen Vermögensgegenstandes durch Vertrag zwischen den Eheleuten ein anderer getreten ist. (Rhein. R.). Was zunächst den Art. 1499 code civil betrifft, so bedarf es einer Entscheidung der in neuerer Zeit lebhaft erörterten Frage, ob die gedachte Gesetzesbestimmung, wie der erkennende Senat in einem früheren Urteile angenommen hat, nur dann Anwendung findet, wenn der Ehegatte als Vindikant bezw. Aussonderungsberechtigter auftritt und Dritten gegenüber bewegliches Gut als Sondereigentum in Anspruch nimmt, oder ob die Vorschrift weiter auch die Fälle beherrsche, in denen es sich lediglich um Forderungsrechte, namentlich Ersatzansprüche handelt, die der Ehegatte in Konkurrenz mit den Gläubigern geltend macht, für die vorliegende Sache nicht. Es ergiebt sich nämlich bei richtiger Beurteilung des feststehenden Sachverhalts, daß der vorliegende Fall unter die erste der beiden angeführten Kategorien zu zählen ist, und daß deshalb die Anwendung der bezogenen Gesetzesvorschriften (Art. 1499, 1565 Abs. 2 code civil) unbedenklich erscheint. In dem Cessionsakte vom 9. Dezember 1882 hat

nämlich L. M., der Ehemann der Beklagten, zwischen denen zufolge Heiratsvertrages Errungenschaftsgemeinschaft bestand, die Forderung der Ehefrau aus dem Schuldscheine vom 2. Februar 1882 sowie deren Sondergutsqualität anerkannt und ihr zu deren Deckung seine näher bezeichnete Restforderung gegen R., um deren Zinsen es sich bei der fraglichen Verteilung handelt, übertragen. Wenn in dem gedachten Akte von einer „Wiederanlegung“ der nicht in die Gütergemeinschaft gefallenen Gelder der Beklagten gesprochen wird, so ist das ein inkorrekter Ausdruck, indem es sich nach dessen ganzen Inhalte um eine datio in solutum handelt. Mag man nun auch, was das Berufungsgericht übersieht, jene anerkannte Forderung, soviel den Ehemann angeht, als eine justa causa für die Cession im Sinne des Art. 1595 Abs. 2 a. a. O. anzusehen sein, so steht doch hier das Verhältnis zwischen dem Kläger als Gläubiger des Letzteren und der ihren Anspruch aus der Cession verfolgenden Beklagten in Frage. Dies Verhältnis wird aber von der Vorschrift des Art. 1499 a. a. O. beherrscht und es setzt deshalb der fragliche Anspruch der Beklagten zu seiner Begründung voraus, daß die Sondergutsqualität der erwähnten Forderung nach Maßgabe der gedachten Gesetzesvorschrift bewiesen wird. An diesem Nachweise fehlt es jedoch, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt. Wenn dem gegenüber nun die Revision der Beklagten darzuthun sucht, daß hier lediglich eine Ersatzforderung von der Beklagten geltend gemacht werde und deshalb der Art. 1499 a. a. O. keine Anwendung finden könne, so erscheint das verfehlt. Es handelt sich hier ersichtlich nicht darum, daß die Beklagte etwa für ein in die Gemeinschaft gefallenes Sondergut Ersatz in Geld verlangt, vielmehr nimmt diese das ihr an Stelle der Sondergutsforderung abgetretene Vermögensobjekt, und zwar als Gegenstand ihrer ausschließlichen Befriedigung, den sie der Gemeinschaftsmasse und dem Zugriffe der Gläubiger entziehen will, in Anspruch. Hiernach handelt es sich in der That um eine Vindikation, und gegen Ansprüche solcher Art ist nach anerkanntem Recht den Gläubigern der Schutz des Art. 1499 code civil gegeben. Von diesem Gesichtspunkte erscheint es auch unerheblich, daß hier nicht die ursprüngliche Forderung, sondern ein Surrogat dieser den Gegenstand des Anspruches bildet.

Nr. 2286. II. Sen. 19. Dezember 1884. II. 323. 84. Bd. 12, Nr. 85, S. 329.

Rechtswohlthat des Art. 1483 code civil. (Rhein. R.). Die Bestimmung des Art. 1483 code civil knüpft die der Ehefrau gewährte Rechtswohlthat an die Bedingung, daß ein richtiges und getreues Inventar aufgenommen wird. Es wird der freien Wahl der Ehefrau anheimgestellt, ob sie diese Bedingung erfüllen oder unterlassen wolle. Wählt sie das Letztere, so begiebt sie sich dadurch freiwillig des Anspruches auf die Wohlthat des Gesetzes und leistet stillschweigend Verzicht auf sie. Dies führt zu der notwendigen Folgerung, daß das Gesetz nicht eine bloße Beweisregel aufgestellt, sondern eine Formvorschrift erteilt hat, die durch § 14 Nr. 2 E.G. zur C.P.O. nicht berührt wird. Der Art. 1483 a. a. O. schreibt allerdings nicht ausdrücklich ein notarielles Inventar vor; er kann aber (vergl. Art. 794, 1456 a. a. O.) nur das damals in Frankreich allein anerkannte durch einen öffentlichen Beamten aufgenommene Inventar im Auge gehabt haben. Die Form dafür ist in den Art. 943 ff. code de procédure genau vorgeschrieben. Auch diese, wie das ganze Buch über das Verfahren bei Eröffnung von Erbschaften (Art. 907 ff. code de procédure), der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörigen Vorschriften werden durch die C.P.O. nicht berührt. Demnach bildet die Errichtung des notariellen Vermögensverzeichnisses die notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung der Rechtswohlthat. Die Bestimmungen der Kabinetsordre vom 4. Juli 1834 und § 35 der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 beziehen sich nur auf das Vormundschaftswesen. Eine Unterscheidung zwischen dem Falle, wo die Ehefrau den Gläubigern der Gütergemeinschaft, und dem, wo sie dem Manne bezw. dessen Erben gegenübersteht, ist nicht zu machen.

Nr. 2287. II. Sen. 22. Januar 1886. II. 340. 85. Bd. 15, Nr. 79, S. 321.

Unstatthaftigkeit der Gütertrennungsklage gegen den Konkursverwalter. Begründung der Klage. (Rhein. R.). Soweit die Gütertrennungsklage der Ehefrau C. gegen den Verwalter der Konkursmasse C. erhoben war, erscheint sie unstatthaft. Wenn unter der Herrschaft des code de commerce (Art. 443) entschieden wurde, daß beim Fallimentszustande des Ehemannes die Ehefrau die Klage auf Gütertrennung sowohl gegen ihren Ehemann als gegen den Fallimentssyndik zu richten habe, so hatte dies seinen Grund darin, daß zur Fallimentsmasse auch das nach Eröffnung des Falliments anfallende Vermögen des Gemeinschuldners gehörte und daß vom Ausspruche des Falliments an alle Mobiliar- und Immobiliarklagen gegen den Syndik anzustellen und zu verfolgen waren. Wesentlich anders ist die Sachlage seit Geltung der R.K.O. (§§ 5, 8—10, 1). Eine nach Eröffnung des Konkurses erhobene Gütertrennungsklage berührt die Konkursmasse nicht; es ist für diese Masse völlig gleichgültig, ob die Eheleute zukünftig in Gütergemeinschaft oder in Gütertrennung leben, ob das später der Frau anfallende oder von ihr zu erwerbende Vermögen sowie dessen Nutzungen in die Gütergemeinschaft fallen und deshalb dem Zugriffe der Gläubiger des Mannes zugänglich sind oder nicht. Anders liegt die Sache für die einzelnen Konkursgläubiger; denn nach § 152 Abs. 1 R.K.O. dürfen diese nach Beendigung des Konkurses für den Ausfall bei demselben das spätere Vermögen des Schuldners in Anspruch nehmen, können also allerdings ein Interesse haben, der Gütertrennungsklage zu widersprechen und dies Interesse durch Intervention gemäß Art. 1447 code civil geltend machen. — Gegen den Ehemann C. ist die Klage für begründet erachtet. Für die Frage, ob Gefahr für das Einbringen (la dot) der Ehefrau vorliege (Art. 1443 code civil) kommt nicht bloß dasjenige Vermögen in Betracht, welches der Ehefrau in Natur oder in Form einer Ersatzleistung zurückzugewähren ist, sondern auch die Nutzungen dieses Vermögens, ferner dasjenige Einbringen, welches in die Gütergemeinschaft fällt, das Vermögen, dessen Anfall noch in Aussicht steht (le mobilier futur) sowie endlich die Arbeitskraft und die Erwerbsthätigkeit der Ehefrau. Die Ansicht, daß die Gütertrennung verlangt werden kann „dans tous les cas, où l'intérêt de la femme l'exige" ist als die richtige zu erachten; denn es erscheint grundsätzlich nicht gerechtfertigt, auf die Erwerbsthätigkeit der Frau zwar Rücksicht zu nehmen, jedoch zu unterscheiden zwischen Frauen, die in größerem, und solchen, die in geringerem Grade erwerbsfähig sind. Nr. 2289.

Nr. 2288. II. Sen. 7. Oktober 1884. II. 215. 84. Bd. 12, Nr. 77, S. 309.

Gütertrennung. Statutenkollision. (Rhein. R.). Eine von ausländischen Ehegatten, die ihren Wohnsitz in das Großherzogtum Baden verlegt haben, nach Maßgabe des in ihrem Heimatstaate geltenden Rechts entgegen dem L.R. S. 1443 vollzogene außergerichtliche Gütertrennung ist gegenüber den badischen Gläubigern des Ehemannes unwirksam. Zwar blieb für ihr eheliches Güterrecht das Recht ihres früheren Wohnsitzes, im vorliegenden Falle das württembergische, maßgebend. Nr. 2225. Bezüglich der Formen jedoch, unter denen ihre eheliche Gütergemeinschaft mit Wirkung gegen die badischen Gläubiger aufgelöst werden kann, enthält L.R. S. 1443, welcher diese Art der Gütertrennung für ungültig erklärt, zwingendes Recht. Es kommt hier nach L.R. S. 6 der auch sonst anerkannte Grundsatz in Betracht, daß das ausländische Recht, obgleich es prinzipiell entscheidend wäre, doch ausnahmsweise dann ausgeschlossen bleibt, wenn nach Geist und Zweck der Rechtsnormen des Inlandes die Anwendung des betreffenden ausländischen Rechts zu einem Ergebnisse führen würde, welches den absolut gebietenden oder verbietenden Normen des inländischen Rechts widerspricht. Die Bestimmung im L.R. S. 1443 hat nicht bloß den Zweck, die Unabänderlichkeit des Ehevertrages zu sichern (L.R. S. 1395), sie ist nicht in Rücksicht auf die unmittelbar Beteiligten, die Ehegatten, gegeben, sondern sie soll der Benachteiligung Dritter vor-

beugen und den Kredit gegen die Gefahren schützen, welche ihm aus einer vertragsmäßigen Auflösung der Gütergemeinschaft drohen. Nr. 23.

Nr. 2289. II. Sen. 27. Juni 1884. II. 164. 84. Bd. 12, Nr. 81, S. 318.

Voraussetzung der Gütertrennungsklage. Art. 1443 code civil. (Rhein. R.). Auch die Ehefrau, welche nichts in die Ehe eingebracht hat, ist nach Art. 1443 code civil berechtigt zur Gütertrennungsklage, wenn sie wegen Vermögenszerrüttung des Ehemannes in die Gefahr kommt, dasjenige zu verlieren, was sie durch ihre Arbeit gewinnt. Nr. 2287.

Nr. 2290. II. Sen. 16. Januar 1885. II. 366. 84. Bd. 13, Nr. 71, S. 296.

Legalhypothek der Ehefrau im Falle des Konkurses des Ehemannes. (Rhein. R.). Nach den Bestimmungen des Art. 551 code de commerce, dessen fortdauernde Geltung nicht zu beanstanden ist (§ 39 Abs. 2 R.K.O.) steht der Ehefrau, deren Mann zur Zeit der Eingehung der Ehe Kaufmann war, im Falle des Konkurses desselben eine Legalhypothek nur an denjenigen Liegenschaften zu, welche in diesem Zeitpunkte dem Manne gehörten. Im vorliegenden Falle trifft dies zu, da der Ehemann die Liegenschaften vor der Ehe erworben hatte und bei Eingehung der Ehe noch ihr Eigentümer war. Der Umstand, daß im Ehevertrage der Eheleute bestimmt war, es sollten die fraglichen Liegenschaften Eigentum der vereinbarten Errungenschaftsgemeinschaft sein, ändert hieran nichts; ebensowenig der, daß der Ehemann die Liegenschaften nicht als ein in die Ehe gebrachtes Sondergut, sondern als Bestandteil der infolge Verzichts der Ehefrau auf die Gütergemeinschaft ihm zugefallenen Errungenschaftsgemeinschaft besitzt. Im Falle des Verzichts auf die Gütergemeinschaft trifft die Legalhypothek auch die Liegenschaften, welche zur Gütergemeinschaft gehört haben. Nr. 2268.

Nr. 2291. II. Sen. 15. April 1887. II. 408. 86. Bd. 17, Nr. 76, S. 321.

Verzicht auf die Gütergemeinschaft. Verzinsung. Art. 1473 code civil. (Rhein. R.). Nachdem in den Art. 1468—1473 code civil die Grundsätze über die Auseinandersetzung zwischen der Gemeinschaft und dem Sondergute der Eheleute aufgestellt sind, wird bezüglich des Ergebnisses dieser Abrechnung, und zwar sowohl hinsichtlich der „remplois et récompenses", welche sich als Schuld der Gemeinschaft an einen Ehegatten, als auch hinsichtlich der Vergütungen und Entschädigungen, welche sich als Schuld eines Ehegatten an die Gemeinschaft herausgestellt haben, bestimmt, daß sie vom Tage der Auflösung der Gemeinschaft an verzinslich seien. Mit Recht wird hieraus gefolgert, daß es sich um ein mit der Entstehung und Eigenschaft der Forderungen zusammenhängendes Vorrecht handelt. Dieser Ursprung und diese Eigenschaft der Forderungen werden aber durch den Verzicht der Ehefrau auf die Gütergemeinschaft nicht aufgehoben. Der Beklagten gebühren hiernach gemäß Art. 1473 code civil die Zinsen für ihre Ersatzforderung vom Tage der Auflösung der Gemeinschaft, wobei jedoch allerdings Art. 2277 a. a. O. zu berücksichtigen ist, nicht aber Art. 2251 a. a. O. Denn dieser findet auf die einer Inskription nicht bedürftigen Hypotheken keine Anwendung.

Nr. 2292. II. Sen. 20. Juni 1884. II. 121. 84. Bd. 12, Nr. 87, S. 336.

Ersatzforderung der Ehefrau. Art. 1470, 1493, 1433 code civil. (Rhein. R.). Nachdem zwischen den Eheleuten S. die Gütertrennung ausgesprochen war und die Ehefrau S. auf Gütergemeinschaft verzichtet hatte, wurde in dem Auseinandersetzungsverfahren gegenüber dem Verwalter der Konkursmasse des Ehemannes erkannt, daß die Ehefrau S. zufolge eines Aktes vom Jahre 1865 betreffend die Übertragung der elterlichen Mühle an einen Bruder der Ehefrau S. eine Ersatzsumme von 3420 Mk. zu beanspruchen hat. Das Urteil wurde aufgehoben. Das Berufungsgericht stellt fest,

daß durch den Akt von 1865 die Übertragung des Immobiliarvermögens einschließlich der Mühle seitens der Eltern an die Kinder zum Zwecke der Teilung beabsichtigt worden und die vom Erwerber der letzteren an seine Geschwister zu leistenden Zahlungen das Äquivalent für deren Anteil an der Mühle darstellen sollten. Diese Feststellung führt aber auch nur zu der Annahme, daß durch den gedachten Akt der Ehefrau S. und ihren Geschwistern ein Anspruch auf eine Herausgabe in Geld zugewiesen ist. Die Mühle ist nach Inhalt des Aktes nicht den sämtlichen Kindern übertragen worden und sodann durch eine weitere Stipulation auf den Bruder übergegangen, sondern der Letztere hat die Mühle direkt und allein von den Eltern erworben. Hiernach hat die Ehefrau S. in keinem Augenblicke ein Miteigentum an der Mühle gehabt und konnte daher auch die fragliche Herausgabe nicht an die Stelle eines solchen treten, und ein Anspruch auf letztere d. h. ein Anspruch beweglicher Natur nur in die Gütergemeinschaft fallen (Art. 1401 Nr. 1, 1404). Für die Frage, ob im gegebenen Falle ein Anspruch beweglicher oder unbeweglicher Natur vorliegt, kommt es grundsätzlich auf den Gegenstand dieses Anspruches, nicht auf dessen Zweck an. Die Voraussetzung des Art. 1433 code civil, daß ein dem einen Ehegatten zustehendes Sondereigentum Gegenstand der Veräußerung oder der Teilung gewesen und eine daraus herrührende Summe in die Gütergemeinschaft geflossen sei, ist hier nicht gegeben. Bezüglich des fraglichen Ersatzpostens erscheint also ein Anspruch der Ehefrau S. nicht gerechtfertigt. Nr. 3974.

Nr. 2293. II. Sen. 17. Oktober 1890. II. 159. 90. Bd. 27, Nr. 76, S. 309.

Gesetzliche Hypothek der geschiedenen Ehefrau bei Annahme der Gütergemeinschaft für eine aus der Teilung herrührende Gleichstellungsforderung an den Ehemann. Vorrangsverhältnis des Teilungsprivilegs gegenüber der vor Aufhebung der Gemeinschaft vom Ehemanne an einer Gemeinschaftsliegenschaft für einen Dritten bestellten Hypothek. (Rhein. R.). Mit Recht hat das Oberlandesgericht verneint, daß der Herausgabeforderung das gesetzliche Pfandrecht des Art. 2121 code civil zustehe. Es handelt sich nicht um eine Rückforderung wegen eines der klagenden Ehefrau gehörenden Beibringens, sondern lediglich um ihren Anteil an der von ihr angenommenen Gemeinschaft, mögen sich auch von der Klägerin beigebrachte Werte in dieser befinden. Für solchen Fall sind aber die Rechte der Ehefrau durch die speziellen Vorschriften der Art. 1467, 1476 code civil geregelt, wonach sie hinsichtlich der Erhaltung und Durchführung ihres Anspruches an die Gemeinschaft den Miterben gleich gestellt wird. Sie hat daher zur Sicherung ihres Anteils nicht eine gesetzliche Hypothek gemäß Art. 2121 code civil, sondern das Privileg der Teilungsgenossen gemäß Art. 2103 Nr. 3, 2109 a. a. O., das nach der Feststellung des Berufungsurteils durch die Inskription vorschriftsmäßig gewahrt worden ist. Indessen steht auch dies Privileg der Hypothek der Beklagten nach, das ihnen vom Ehemanne der Klägerin vertragsmäßig eingeräumt worden ist. Von der Regel des Art. 2095 code civil, wonach Privilegien als von der Beschaffenheit einer Forderung abhängigen Vorzugsrechten der Vorrang vor Hypotheken zuerkannt ist, muß jedenfalls die Ausnahme anerkannt werden, daß diejenigen Hypotheken den Privilegien vorgehen, die die Inhaber der letzteren oder deren Rechtsvorgänger vor dem das Privileg begründenden Akte an der betroffenen Liegenschaft bestellt haben. Dem Vorzugsrechte des Verkäufers geht daher das Pfandrecht vor, mit dem er selbst oder ein früherer Besitzer die Liegenschaft vor dem Verkaufe belastet hatte, und dem Vorzugsrechte des Miterben die Hypothek, die der Erblasser an einer Nachlaßliegenschaft bewilligt hatte. Dasselbe muß aber auch von der Hypothek der Beklagten gelten, die vor Auflösung der Gemeinschaft von dem Ehemanne kraft seiner Verfügungsgewalt über das Gemeinschaftsgut (Art. 1421 code civil) an einer Gemeinschaftsliegenschaft bestellt worden ist. Das Privileg der Klägerin aus § 2103 Nr. 3 code civil muß deshalb dem bedungenen Pfandrechte der Beklagten aus früherer Zeit nachstehen.

Nr. 2294. II. Sen. 30. Oktober 1885. II. 226. 85. Bd. 14, Nr. 84, S. 311.

Ersatz für veräußertes Sondergut der Ehefrau. Anfechtung einer zum Ersatze erfolgten Cession von Forderungen. (Reichs- und rhein. R.). Die Ehefrau erwirbt durch die bloße Thatsache der Veräußerung ihres Sondergutes durch den Ehemann gegen diesen einen Ersatzanspruch (Art. 1433 code civil), aber ihre Forderung ist eine betagte (Art. 1185); sie besteht nach dem Gesetze nur in dem Anspruche auf Vorwegnahme und kann erst geltend gemacht werden, wenn nach Auflösung der Gütergemeinschaft die Frau bezw. deren Erben sich für die Annahme oder Ausschlagung der Gemeinschaft entschieden haben (Art. 1470, 1493 code civil). Der Ehemann hat daher im vorliegenden Falle mittels der Cession der fraglichen Forderung die Rückgewähr geleistet, obwohl er zur Zeit dieser Rechtshandlung weder durch Gesetz noch durch Vertrag zur Rückgewähr verpflichtet war. § 3 Nr. 4 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879. Dagegen ist es dem Gesetz nicht entsprechend, wenn der Berufungsrichter es für gleichgültig erklärt, ob die Ehefrau die infolge der Cession erhobenen Gelder im Einverständnisse und gemeinsam mit ihrem Ehemanne zur Befriedigung seiner Gläubiger verwendet hat. Der einzige Zweck der Anfechtungsklage ist erfüllt und die Anfechtungsklage demgemäß nicht mehr begründet, wenn schon vor ihrer Erhebung das aus dem Vermögen des Schuldners weggegebene Vermögensobjekt in dasselbe zurückgeflossen war. Da eine Verwendung des von der Ehefrau aus der cedierten Forderung einkassierten Geldes zur Erwerbung eines anderen Sondergutes nicht behauptet wird, so genügte schon die Thatsache des Einkassierens, um das Geld, vorbehaltlich einer neuen Ersatzforderung der Ehefrau, Art. 1433, 1498, 1528 code civil, in die Verwaltung und die Verfügungsgewalt des Mannes zurückzuführen und den Angriffen der Gläubiger preiszugeben. Geschah nun die Verwendung, wie zum Beweise gestellt ist, zur Befriedigung der Gläubiger des Mannes, so hat die Rückgewähr thatsächlich stattgefunden, das Vermögen des Mannes ist nicht mehr durch die Rechtshandlung vermindert, und der die Gläubiger benachteiligende Erfolg ist wieder beseitigt. Nr. 4101.

Nr. 2295. II. Sen. 5. Juni 1891. II. 90. 91. Bd. 28, Nr. 85, S. 368.

Erlaß der Abgabe der im Art. 1463 code civil vorgesehenen Erklärung und Verlängerung der Erklärungsfrist seitens des geschiedenen Ehemannes. (Rhein. R.). Der Art. 1463 code civil ist dahin auszulegen, daß die Annahme der Gütergemeinschaft auch durch Handlungen, die den bezüglichen Willen bekunden, erfolgen kann. Im vorliegenden Falle ist aber unanfechtbar vom Berufungsgericht festgestellt, daß in den vom Kläger (Cessionar der Ehefrau) behaupteten Thatsachen, der fortgesetzten Führung gemeinschaftlicher Wirtschaft in dem zur aufgelösten Gütergemeinschaft gehörenden Hause, eine Annahme der Gemeinschaft nicht zu finden sei. Hat aber eine Annahme der durch die Ehescheidung aufgelösten Gütergemeinschaft (Art. 1441 a. a. O.) nicht stattgefunden, hat also die Ehefrau aufgehört, deren Teilhaberin zu sein, so ist auch eine Fortsetzung dieser Gemeinschaft ausgeschlossen und es bedarf daher keines Eingehens auf die Ausführungen des Klägers, die sich auf eine angebliche Fortsetzung derselben (communio prorogata) beziehen. Der sodann weiter vom Kläger geltend gemachte Verzicht des Beklagten auf die Erhaltung der in Art. 1463 der geschiedenen Ehefrau gegebenen Vorschriften wäre aber unstatthaft, und zwar sowohl in der allgemeinen Richtung, daß der geschiedenen Ehefrau die Abgabe einer Erklärung überhaupt nachgelassen, als auch in der besonderen, daß sie von Einhaltung der gesetzlichen Frist befreit werden könnte. Die Vorschriften über Auflösung der Gütergemeinschaft und deren Folgen sind in Rücksicht auf die Rechtssicherheit gegeben, da der Gesetzgeber nicht zulassen kann, daß durch die Willkür der ehemalige Gemeinschaftsteilhaber eine anhaltende Ungewißheit in betreff ihrer Vermögensverhältnisse geschaffen werde. Dabei sind insbesondere auch gegenwärtige und zukünftige Gläubiger interessiert. Der bestimmten Vorschrift des Ge-

setzes gegenüber dürfen die Eheleute nicht willkürlich über die bestandene Gütergemeinschaft verfügen und die Dritten auf den Weg des Einspruches oder der Anfechtung verweisen. Darauf beruht es auch, daß der Art. 1463 a. a. O. eine Verlängerung der Frist nur gerichtlich nach Vernehmung oder gehöriger Vorladung des Ehemannes gestattet. Ob ein anderer Anspruch aus einer etwaigen Arglist des Beklagten, weil er die Cedentin des Klägers von der rechtzeitigen Erklärung der Annahme abgehalten habe, herzuleiten wäre, kann dahingestellt bleiben.

Nr. 2296. II. Sen. 29. März 1889. II. 9. 89. Bd. 23, Nr. 70, S. 318.

Dauer des Anspruches der Witwe auf Unterhalt aus der Gütergemeinschaftsmasse. Art. 1465, 1477 code civil. (Rhein. R.). Der Art. 1465 code civil gewährt der Witwe stets auf die ganze Zeit von drei Monaten und vierzig Tagen den Unterhalt aus der Gütergemeinschaftsmasse und freie Wohnung in dem zur Masse gehörigen Hause, gleichviel ob sie thatsächlich vor Ablauf der gesetzten Frist das Inventar errichtet und sich früher bezüglich der Annahme der Gütergemeinschaft entschieden hat. Die fragliche Gesetzesbestimmung beruht auf Gründen der Billigkeit und hat ein für allemal eine feste Zeit bestimmen wollen, während welcher die Witwe die fragliche Wohlthat genießen soll. Der Art. 1477 a. a. O. ist nicht als dem Gebiete des Strafrechts angehörig zu betrachten und deshalb durch § 2 des E.G. zum R.St.G.B. nicht aufgehoben. Die Bestimmung gehört, wie auch die in Art. 792 und ähnliche in dem Gesetzbuche enthaltene (Art. 801, 1460, 451 Abs. 2) lediglich dem Gebiete des Civilrechts an und stellt nur die nachteiligen vermögensrechtlichen Folgen fest, welche eine Verheimlichung im Sinne des Art. 1477 a. a. O. für den schuldigen Teil haben soll. Die Entscheidung im Falle Nr. 229 steht nicht entgegen, sie beruht auf der Auffassung, daß es sich bei der Anordnung des decretum divi Marci um eine wirkliche Strafe handelt.

Nr. 2297. II. Sen. 17. Dezember 1889. II. 248. 89. Bd. 24, Nr. 78, S. 363.

Beweismittel, Beweisgrund und Beweislast bezüglich des Einbringens der Ehefrau bei Rückforderung desselben durch sie gegenüber dem bisherigen Ehemanne. (Rhein. R.). Der Art. 1499 code civil bezieht sich nur auf das Verhältnis gegen Dritte, ist aber nicht allgemein auf das Verhältnis der Ehegatten untereinander anwendbar. Nr. 2279. — Der Ehevertrag enthielt, insofern darin gesagt ist, daß das Einbringen der Braut aus bar 3000 Mk. bestehe, und dies gegenseitig anerkannt wurde, eine unrichtige Thatsache, insofern die Klägerin auf das Bestreiten eines solchen Einbringens beim Eheabschlusse seitens des Beklagten selbst erklärt hat, daß sie das Geld allerdings nicht gleich anfangs an den Beklagten hingegeben habe, sondern erst, nachdem später ein ihr gehöriges Sparkassenguthaben erhoben worden. Allein nachdem hierauf vom Beklagten die Erhebung des Sparkassenguthabens, wie behauptet, zugegeben wurde, konnte dies von ihm damit verbundene Bestreiten der Ausfolgung der 3000 Mk. an ihn nicht die Folge haben, daß die Klägerin nun zu beweisen habe, daß sie dem Beklagten das Geld ausgehändigt habe. Wenn die Klägerin bei Eingehung der Ehe als Wertobjekt ein Sparkassenguthaben besaß, so hat sie durch ihren Besitz einer solchen Forderung das durch dieselbe repräsentierte Wertobjekt in die Ehe eingebracht. Wenn sodann die Ehefrau dies Guthaben erhoben hat, so ist nur das zunächst als Forderung in die Ehe eingebrachte Wertobjekt in eine Barschaft umgewandelt und der Wert der in die Ehe eingebrachten Forderung festgestellt worden. Es war daher Sache des Beklagten, im Wege der Einrede zu behaupten und zu beweisen, daß die Einziehung des Guthabens durch seine Ehefrau unter solchen Umständen und auf eine solche Weise erfolgt sei, daß es ihm nicht möglich gewesen sei, sich in den Besitz des Geldes zu setzen, welches seine Ehefrau auf das Guthaben ausbezahlt erhielt.

Nr. 2298. II. Sen. 8. Mai 1885. II. 513. 84. Bd. 14, Nr. 82, S. 307.

Legalhypothek der Ehefrau. Vollstreckungsverweisung. (Rhein. R.). Wenn die Ehefrau für eine Schuld ihres Ehemannes die Mitverbindlichkeit, nicht die Samtverbindlichkeit übernommen hat, so haftet sie damit dem Gläubiger für die Hälfte der Forderung. Soweit sie haftet, geht nur ihre Verpflichtung zur Befriedigung des Gläubigers. In dem Wesen dieser Verpflichtung liegt zugleich die, nicht durch Ausübung des gesetzlichen Pfandrechtes wegen ihres Ersatzanspruches an den Ehemann gerade für die von ihr übernommene Verbindlichkeit, unter Geltendmachung der Priorität desselben vor einem Pfandrechte des Gläubigers, bezüglich der Verweisung der Erlöse aus der Liegenschaftsvollstreckung gegen den Ehemann ein Ergebnis herbeizuführen, daß der Gläubiger eine wirkliche Befriedigung aus dem Vermögen der Ehefrau nicht für jenen hälftigen Betrag erhalten würde, für den die Ehefrau haftet (L.R. S. 1135). Wenn nun die Ehefrau aus ihren Mitteln nur einen Teil der ihr obliegenden Forderungshälfte bezahlt hat und für diesen bezahlten Teil das gesetzliche Pfandrecht wegen ihres Ersatzanspruches an den Ehemann hierfür, unter Geltendmachung der Priorität ihres Pfandrechts vor einem Pfandrechte des Gläubigers, in Anspruch nimmt, so mindert sich daher ihre Berechtigung auf Priorität ihres Pfandrechts vor jenem des Gläubigers um denjenigen Betrag, der zur Deckung der der Ehefrau obliegenden Forderungshälfte noch erforderlich ist. Der Ausnutzung der Priorität ihres Pfandrechts vor jenem des Gläubigers für den bezeichneten Betrag würde die Einrede entgegenstehen, daß sie andererseits zur Leistung eines gleichen Betrages aus ihrem Vermögen auf Grund ihrer Haftung für die Hälfte der Forderung dem Gläubiger verpflichtet sei. Dagegen ergeben sich aus der Mitverbindlichkeit der Ehefrau für die Schuld des Ehemannes keine Verpflichtungen der Ehefrau bezüglich der weiteren Hälfte der Forderung.

Ehescheidung. Trennung von Tisch und Bett.

Nr. 2299. III. Sen. 26. Juni 1886. III. 88. 86. Bd. 16, Nr. 28, S. 138.

Maßgebendes örtliches Recht für den Ehescheidungsgrund. (Gem. R.). Der Prozeßrichter hat bei seiner Entscheidung über das Vorhandensein eines Scheidungsgrundes infolge der zwingenden streng positiven Natur des Ehescheidungsrechtes stets sein eigenes Recht anzuwenden. Sonach hatte im vorliegenden Falle die Vorinstanz den von dem Beklagten während seines früheren Wohnsitzes im Geltungsbereiche des französischen Rechts, welches unter den vorliegenden Umständen den Ehebruch als Scheidungsgrund nicht ansieht (Art. 230 code civil), begangenen Ehebruch nach dem gemeinen Rechte, als dem Rechte des für die Gerichtszuständigkeit maßgebenden Ortes ihres Bezirkes, an welchem der Beklagte im Zeitpunkte der Erhebung der Klage seinen Wohnsitz hatte (§§ 568, 13 C.P.O.), zu beurteilen. Nr. 2302. Nr. 2204.

Nr. 2300. II. Sen. 4. Juni 1889. II. 102. 103. 89. Bd. 23, Nr. 74, S. 331.

Örtlich maßgebendes Recht für die Klagen auf Ungültigkeitserklärung und Scheidung der Ehe. (Rhein. R.). Mit Recht gehen die Vorinstanzen davon aus, daß sowohl die Klage auf Ungültigkeitserklärung als auf Scheidung der Ehe (§ 592 C.P.O.) nach rheinischem Recht zu beurteilen sind. Die Ehe ist zwar im Gebiete des gemeinen Rechts abgeschlossen worden, aber der erste und einzige Wohnsitz der Ehegatten liegt im Gebiete des rheinischen Rechts. Dies ist daher nach der Natur des ehelichen Verhältnisses für die Wirkungen der Ehe ausschließlich maßgebend.

Nr. 2301. VI. Sen. 9. Oktober 1893. VI. 153. 93. Bd. 32, Nr. 3, S. 17.

Unzulässigkeit der Trennung des Ehebandes auf Grund eines ausländischen, die beständige Trennung von Tisch und Bett aussprechenden Urteils. § 77 Abs. 2 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875. Vor dem Inkrafttreten des Reichsgesetzes

vom 6. Februar 1875 hatte ein österreichisches Gericht auf beständige Trennung einer Ehe von Tisch und Bett erkannt. Der Ehemann war damals Österreicher, erwarb aber im Jahre 1892 die deutsche Reichsangehörigkeit und beantragte bei einem Landgericht im Königreich Sachsen mit Bezug auf § 77 Abs. 2 jenes Reichsgesetzes die Auflösung der Ehe. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Die Revision wurde zurückgewiesen. Der § 77 Abs. 2 a. a. O. giebt eine mit dem ersten Absatze zusammenhängende Übergangsvorschrift. Dem vor dem Inkrafttreten des Gesetzes erlassenen Urteile auf beständige Trennung von Tisch und Bett wird die Kraft eines Scheidungsurteils verschafft, demnach den rechtskräftig von Tisch und Bett getrennten Ehegatten die Möglichkeit der Wiederverheiratung eröffnet. Schon die Stellung und der Zweck des § 77 Abs. 2 sprechen somit gegen die vom Kläger verteidigte Auslegung. Außerdem handelt es sich bei dem Abs. 2 des § 77 um ein Ausnahmegesetz; von der Regel, daß rechtskräftige Urteile den darin geordneten Rechtszustand unabänderlich feststellen, gestattet das Gesetz eine Abweichung. Diese Abweichung gilt von den inländischen Urteilen, darum aber nicht ohne Weiteres von den im Auslande ergangenen. Letztere beruhen auf einer anderen mit den inländischen Vorschriften nicht übereinstimmenden Gesetzgebung. Jedenfalls geht aber aus dem Gesetze selbst hervor, daß es sich nur auf Urteile deutscher Gerichte bezieht. Sollte § 77 Abs. 2 auch auf Urteile aus anderen Rechtsgebieten Anwendung finden, in denen, wie in Österreich, auch jetzt noch die beständige Trennung von Tisch und Bett verfügt werden kann, so würde die Beschränkung des § 77 Abs. 2 auf Urteile, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes gesprochen sind, keinen Sinn haben.

Nr. 2302. III. Sen. 19. Juni 1883. III. 54. 83. Bd. 9, Nr. 48, S. 191.

Ehescheidung. Statutenkollision. (Gem. R.). Die für die Ehescheidung geltenden auf der sittlichen Natur der Ehe beruhenden Rechtsnormen haben einen streng positiven Charakter. Sie können daher durch Verträge nicht abgeändert werden und der über die Ehescheidung urteilende Richter darf nur das Gesetz seines Landes befolgen, es ist das Recht anzuwenden, welches im Bezirke des für die Ehescheidungsklage zuständigen Gerichts Geltung hat und unter dessen Herrschaft die Ehe zu der Zeit steht, wo deren Trennung klagend beantragt wird. Im vorliegenden Falle ist hiernach das gemeine Recht maßgebend. Jener Grundsatz gilt nicht bloß für diejenigen Ehescheidungsgründe, welche zu der Zeit entstanden sind, während welcher die Eheleute ihren Wohnsitz im Bezirke des angerufenen Gerichts hatten, sondern auch bezüglich derjenigen, welche bereits entstanden waren, als die Eheleute ihr Domizil in einem anderen Rechtsgebiete hatten, welche aber erst nach Verlegung des Domiziles in das Gebiet des vom Kläger angerufenen Gerichts geltend gemacht werden. Nr. 2299. Nr. 2204.

Nr. 2303. I. Sen. 7. Juni 1884. I. 80. 84. Bd. 12, Nr. 59, S. 235.

Ehescheidung bei gemischten Ehen. (Gem. R.). Die Frage, nach welchen Grundsätzen die Ehescheidung bei konfessionell gemischten Ehen, insbesondere bei Ehen zwischen Protestanten und Katholiken, zu beurteilen ist, kann nicht nach Reichsrecht beurteilt werden, weil dasselbe hierüber keine Bestimmung enthält. Der § 77 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 schreibt nur für den darin behandelten Fall der beständigen Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett die Auflösung des Ehebandes vor, während es in allen übrigen Beziehungen hinsichtlich der Ehescheidung bei dem Landesrechte belassen worden ist. Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts ist für die obige Frage folgendes maßgebend Die Normen des katholischen und des protestantischen Eherechts über die Ehescheidung, soweit sie vom Staate als Rechtsnormen anerkannt werden, bestehen je für die Angehörigen der betreffenden Kirche mit gleicher Kraft neben einander. Hieraus folgt in Anwendung auf konfessionell gemischte Ehen, daß sich die einander widerstreitenden Rechtssätze nicht gegenseitig aufheben, so daß jeder Ehegatte gegenüber dem von dem anderen Ehegatten erhobenen und nach dem Rechte der Konfession des-

selben begründeten Anspruche auf Scheidung geltend machen könnte, daß nach dem Rechte seiner Konfession der Anspruch unbegründet sei, was zu dem mit der Rechtsgleichheit der verschiedenen Religionsparteien unvereinbaren Ergebnisse führen würde, daß bei gemischten Ehen niemals das die Auflösung der Ehe unter gewissen Voraussetzungen gestattende protestantische Eherecht, sondern immer der katholische Grundsatz von der Unauflöslichkeit der Ehe zur Anwendung käme. Das Nebeneinanderbestehen beider Eherechtsordnungen führt vielmehr zu dem Schlusse, daß bei gemischten Ehen jeder Ehegatte die Scheidung verlangen kann, wenn der Anspruch nach den Grundsätzen des Eherechts seiner Konfession gerechtfertigt ist. Ob etwa der Ehegatte die Scheidung auch dann verlangen könnte, wenn der Scheidungsanspruch zwar nach dem Rechte seiner Konfession unbegründet, nach dem Rechte der Konfession des anderen Ehegatten dagegen begründet erscheint, ist hier nicht zu untersuchen, weil ein solcher Fall nicht vorliegt, da die Klägerin Protestantin ist und nach protestantischem Eherecht die Scheidung wegen böslicher Verlassung verlangt werden kann.

Nr. 2304. III. Sen. 16. Dezember 1881. III. 499. 81. Bd. 6, Nr. 41, S. 157.

Befugnis des Vormundes einer wahnsinnigen Ehefrau auf Anstellung der Scheidungsklage. (Gem. R.). Das römische Recht ging von dem Grundsatze aus, daß von dem curator furiosi non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi geschützt werden solle. l. 7 pr. Dig. de cur. 27, 10. Dennoch versagte es dem Kurator die Befugnis, zum Schutze einer Ehefrau die Scheidung zu erwirken, und verwies ihn auf andere rechtliche Aushilfe. l. 22 § 7 Dig. sol. matr. 24, 3; l. 4 Dig. de div. 24, 2. Dieselbe Entscheidung ist nach der auf analogen Grundlagen beruhenden preußischen Vormundschaftsordnung (§§ 27, 28, 42, 83) zu treffen. Damit steht nicht in Widerspruch, daß der willensfähige Ehegatte die Scheidungsklage gegen den Vormund des nicht willensfähigen anzustellen befugt ist, denn die mangelnde Willensfähigkeit des Letzteren kann den gesunden Ehegatten an der Geltendmachung der ihm zustehenden Rechte nicht hindern. Aus dem Umstande, daß der Vormund das höchstpersönliche Recht der Scheidung nicht ausüben darf, folgt nicht, daß er rechtlich behindert ist, gegen seinen Mündel erhobene Ansprüche abzuwehren. Unerheblich ist, ob die bevormundete Ehefrau zu einer Zeit, als sie noch nicht geisteskrank war, den Willen erklärt hat, sich von dem Manne scheiden zu lassen. Die Scheidungsklage bedingt den gegenwärtigen Willen der Klägerin, daß die Auflösung der Ehe eintreten soll. Nr. 2195. Nr. 2196.

Nr. 2305. II. Sen. 4. Januar 1881. II. 352. 80. Bd. 3, Nr. 14, S. 27.

Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett. § 77 Abs. 1 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875. Die lebenslängliche Trennung von Tisch und Bett ist für das ganze Deutsche Reich mit der Maßgabe abgeschafft, daß an deren Stelle, sofern nur ein deutsches Gericht zuständig ist, überall eine Auflösung des Ehebandes zu treten hat, gleichviel ob die streitenden Ehegatten Deutsche oder Ausländer sind. Die Vorschrift in § 3 des sächsischen Gesetzes vom 4. März 1879 steht nicht entgegen. Mag sie prozessualer Natur sein oder einen Satz des materiellen Eherechts aufstellen, in beiden Fällen würde sie mit den Reichsgesetzen unverträglich sein, daher gemäß Art. 2 der Verfassung des Deutschen Reiches in Verbindung mit dem Reichsgesetze vom 20. Dezember 1873 Geltung nicht beanspruchen können. Nr. 2306.

Nr. 2306. II. Sen. 22. April 1884. II. 461. 83. Bd. 11, Nr. 9, S. 29.

Ehestreitigkeiten von Ausländern. § 77 Abs. 1 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875. §§ 568, 592 C.P.O. § 13 des sächsischen B.G.B. Der § 77 Abs. 1 des Gesetzes vom 6. Februar 1875 findet in Ehestreitigkeiten von Ausländern selbst dann Anwendung, wenn die Auflösung der Ehe durch Landesgesetz dem im Heimatlande des Ehemannes geltenden Rechte unterstellt ist, letzteres aber gegebenen Falles nur die beständige Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett verstattet. Nr. 2305.

Der Wille des Gesetzgebers konnte nicht dahin gehen, die immerwährende Trennung von Tisch und Bett in jeder Hinsicht zu beseitigen. Wohl aber konnte das Gesetz den deutschen Gerichten schlechthin verbieten, daß sie ihrerseits den fraglichen Trennungszustand fortan noch herbeiführen. Ein hierauf gerichtetes irgend welche Ausnahme nicht zulassendes Verbot muß in § 77 Abs. 1 a. a. O. gefunden werden. Die gegenteilige Auslegung des § 77 a. a. O. verträgt sich auch nicht mit den späteren reichsgesetzlichen Vorschriften über das Verfahren in Ehesachen. Nach den Begriffsbestimmungen des § 592 C.P.O. kann nicht angenommen werden, daß der Ausdruck „Trennung" in § 568 C.P.O. auch die dauernde Trennung von Tisch und Bett umfasse. Für die Klage darauf giebt es daher gegenwärtig im Deutschen Reiche keinen Gerichtsstand mehr. Das materielle Eherecht wird durch die neueren Prozeßgesetze insofern mittelbar berührt, als vordem begründete Eheklagen, denen der deutlich erklärte Wille des Gesetzgebers die Zulässigkeit gerichtlicher Verfolgung versagt, nunmehr gerade damit auch jeden Rechtsgrund verloren haben. Landesgesetze internationalprivatrechtlicher Natur sind, soweit sie neben dem Reichsgesetze nicht bestehen können, für aufgehoben zu erachten (Art. 2 Satz 1 der Reichsverfassung). Wie deutsche Gerichte Klaganträge auf beständige Trennung von Tisch und Bett in allen Fällen zurückzuweisen haben, so dürfen sie auch nicht ungebeten an die Stelle der beantragten Auflösung des Bandes der Ehe die beständige Trennung von Tisch und Bett setzen. Dem steht schon das Verbot des § 77 a. a. O. entgegen. Hiermit erledigt sich eine Untersuchung der Frage, ob die Trennung von Tisch und Bett als das in dem Antrage auf Scheidung vom Bande enthaltene Mindere (nicht als etwas wesentlich von letzterer Verschiedenes, mithin Anderes) zu betrachten (Nr. 2330) und ob dann nicht auch die Vorschrift des § 279 Satz 1 C.P.O. durch das angefochtene Urteil, welches lediglich auf Trennung von Tisch und Bett erkannt hat, verletzt werde. Die weitere Auslegung des § 77 Abs. 1 a. a. O. erlaubt auch nicht den Schluß, daß Klagen auf Auflösung des Bandes der Ehe unter Verhältnissen, wie sie hier gegeben sind, abgewiesen werden müßten. Allerdings kann die Zusprechung des Klagantrages auf Lösung des Ehebandes Übelstände, hauptsächlich die mißlichen Folgen der Nichtanerkennung des deutschen Scheidungsurteiles im Heimatsstaate der geschiedenen Ehegatten nach sich ziehen. Zu weit geht aber jedenfalls die Annahme der Vorinstanzen, ein in Deutschland vom Bande geschiedener Ausländer werde nach § 13 des sächsischen B.G.B. an der Schließung einer neuen Ehe behindert sein, wenn sein Heimatsstaat die frühere Ehe noch als fortbestehend betrachte. Für den deutschen Standesbeamten ist ein Ehehindernis, welches nur die Nichtanerkennung des von deutschen Gerichten erlassenen Scheidungsurteils zum Grunde hat, nicht vorhanden. Die Wirksamkeit der im Inlande ergangenen Scheidungsurteile darf der Standesbeamte nicht beanstanden. Sollte § 13 des sächsischen B.G.B. zu anderen Ergebnissen führen, so würden die betreffenden Normen des Landesrechts durch § 39 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 außer Kraft gesetzt sein. Es können auch die Bedenken nicht entscheiden, welche vom Standpunkte des Staats- und Völkerrechts der Auslegung, wonach die Tragweite des § 77 Abs. 1 a. a. O. nicht auf Inländer zu beschränken ist, entgegengestellt werden.

Nr. 2307. II. Sen. 1. Juni 1883. II. 107. 83. Bd. 9, Nr. 20, S. 98.

Trennung von Tisch und Bett. § 77 Abs. 2 des Gesetzes vom 6. Februar 1875. Ehegatten, denen das zuständige österreichische Gericht gemäß §§ 103 ff. des österreichischen A.B.G.B. die beständige Trennung von Tisch und Bett auf beiderseitiges Verlangen gestattet hat, können nicht auf Grund dieser Gestattung bei deutschen Gerichten die Auflösung des Bandes der Ehe beantragen. Das Gesetz § 77 Abs. 2 des Personenstandgesetzes erfordert ein Trennungs*urteil*, somit einen förmlichen Richterspruch, welcher nur in *streitigen* Rechtssachen erteilt wird. Diese Voraussetzung trifft hier nicht zu.

Nr. 2308. III. Sen. 7. Februar 1882. III. 531. 81. Bd. 6, Nr. 112, S. 369.

Voraussetzungen der Zulässigkeit der Trennung von Tisch und Bett. (Gem. R.). Nach gemeinem protestantischen Kirchenrecht bildet die zeitweise Trennung von Tisch und Bett ein Mittel zum Versuch der Aussöhnung der Eheleute, das zur Scheidung führen kann, dessen Anordnung durch das sie aussprechende Erkenntnis jedoch nicht dergestalt als eine bindende Vorentscheidung angesehen werden darf, daß nach fruchtlosem Ablaufe der festgesetzten Trennungszeit auf Verlangen des einen der beiden Ehegatten die Ehescheidung erkannt werden müßte und es ausgeschlossen wäre, zunächst entweder eine nochmalige zeitweise Trennung oder die Anwendung von Zwangsmitteln behufs der Wiedervereinigung eintreten zu lassen. Und im Gebiete des gemeinen Rechts kann ein Gerichtsgebrauch, wonach nach fruchtlosem Ablaufe der Trennungszeit ohne weitere Verhandlung die Ehescheidung ausgesprochen werden muß, als einer unrichtigen Ansicht folgend Beachtung nicht in Anspruch nehmen. Demnach muß anerkannt werden, daß eine temporäre Trennung nicht zur notwendigen Voraussetzung hat, daß sich zur Zeit schon eine bleibende Hinderung des ehelichen Zusammenlebens und des ehelichen Friedens feststellen läßt, sondern auch dann angeordnet werden kann, wenn die sittlichen Grundlagen des ehelichen Zusammenlebens in dem Maße erschüttert worden sind, daß mindestens zur Zeit das Zusammenleben völlig unerträglich sein, in der Erzwingung desselben eine nicht zu rechtfertigende Härte liegen würde. Nr. 2354.

Nr. 2309. I. Sen. 17. November 1883. I. 365. 83. Bd. 11, Nr. 92, S. 365.

Voraussetzung der Klage auf Scheidung von Tisch und Bett. (Gem. R.). Daß die Klage auf eine Scheidung von Tisch und Bett die völlige Schuldlosigkeit des klagenden Ehegatten voraussetze, kann nicht behauptet werden. Insofern die zeitweilige Trennung der Ehegatten als ein Mittel angewendet wird, die Beruhigung der erregten Gemüter und hierdurch die Versöhnung der Ehegatten herbeizuführen, liegt in dem durch den Zweck bestimmten Wesen dieser Maßregel kein Grund, die Unschuld des auf Trennung antragenden Ehegatten zu verlangen. Aber auch insofern die Trennung zu dem Zwecke stattfindet, das als unerträgliche Last erscheinende Zusammenleben der Ehegatten zeitweise aufzuheben, kann das Erfordernis der Unschuld des klagenden Ehegatten nur in der Einschränkung anerkannt werden, daß ihm der Anspruch auf Scheidung von Tisch und Bett zu versagen ist, wenn der als Grund derselben geltend gemachte Zustand lediglich oder doch hauptsächlich von ihm selbst durch eigenes Verschulden herbeigeführt worden ist.

Nr. 2310. VI. Sen. 24. September 1896. VI. 121. 96. Bd. 38, Nr. 47, S. 181.

Merkmale des vollendeten Ehebruches als Ehescheidungsgrundes. (Gem. R.). Nach dem gemeinen deutschen protestantischen Eherechte ist allerdings mit dem Berufungsrichter davon auszugehen, daß wegen eines bloßen Versuches des Ehebruches die Scheidung vom Bande nicht ausgesprochen werden darf. Nr. 2328. Nr. 2314. Andererseits ist dem Oberlandesgerichte aber nicht darin beizustimmen, daß mit der bloßen äußeren Berührung der beiderseitigen Geschlechtsteile der Ehebruch schon vollendet sei. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Begriff des Ehebruches für das Eherecht ein anderer sein sollte als für das Strafrecht, am wenigsten unter der Herrschaft des geltenden Strafgesetzbuches, das in § 172 einerseits die Bestrafung wegen eines Ehebruches davon abhängig macht, daß wegen desselben die Ehe bereits geschieden sei, andererseits den bloßen Versuch eines Ehebruches überhaupt nicht als strafbar behandelt. Nun ist aber in der Lehre des Strafrechts niemals weniger als die vollständige „Geschlechtsvereinigung“, die „fleischliche Vermischung“ eines Ehegatten mit einer dritten Person anderen Geschlechts für den Begriff des Ehebruches erfordert, und hieran auch von der neuesten Rechtsprechung festgehalten werden. Es genügt danach die bloße äußere gegenseitige Berührung der Geschlechtsteile nicht, sondern es muß

„mindestens der Anfang des Eindringens des männlichen Gliedes in den weiblichen Geschlechtsteil" gemacht sein. Denn der Streit auf diesem Gebiete drehte sich in früheren Zeiten nur darum, ob die bloße immissio penis zum Begriffe des Ehebruches genüge oder eine immissio seminis hinzukommen müsse. Vergl. die kursächsische Decisio 34 von 1746. Der I. Senat des Reichsgerichts hat in dem Urteil Nr. 2314 nur die effusio und immissio seminis für unwesentlich beim Ehebruche erklärt, dagegen die jetzt zur Entscheidung stehende Frage nicht berührt.

Nr. 2311. IV. Sen. 5. Dezember 1887. IV. 211. 87. Bd. 20, Nr. 54, S. 238.

Ehescheidung wegen Ehebruches der Ehefrau. Widerklage wegen Ehebruches des Ehemannes. (Preuß. R.). Von dem Satze in § 670, II. 1 A.L.R. wird in § 671 a. a. O. zu Gunsten des Ehemannes eine Ausnahme dahin gemacht, daß die auf den Ehebruch der Ehefrau gegründete Scheidungsklage des Mannes durch die Einrede, daß der Ehemann sich ebenfalls des Ehebruches schuldig gemacht habe, nicht beseitigt wird. Es steht also der Ehefrau, welche die Ehe gebrochen hat, gegenüber der hierauf gestützten Ehescheidungsklage des Ehemannes die Einrede, daß der Ehemann ebenfalls die Ehe gebrochen habe, mit der Wirkung der Klagabweisung nicht zu, auch ist ihr die Ehescheidungsklage auf Grund des Ehebruches des Mannes nicht gegeben. Dagegen muß der Ehebruch des Mannes, auch wenn er als Ehescheidungsgrund nicht gelten kann, doch bei der Schuldfrage berücksichtigt werden. Aber die im Art. 33 Nr. 5 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875 enthaltene das Eheverbot zwischen den Personen, welche wegen Ehebruches geschieden worden, und denjenigen, mit denen sie Ehebruch getrieben haben, normierende Bestimmung, wodurch § 25, II. 1 A.L.R. ersetzt worden ist, kann nicht gegen den Kläger, dessen Ehebruch nicht der Scheidungsgrund ist, sondern nur gegen die wegen ihres Ehebruches geschiedene Beklagte zur Anwendung kommen.

Nr. 2312. III. Sen. 28. Mai 1889. III. 88. 89. Bd. 23, Nr. 29, S. 142.

Ehescheidung. Berücksichtigung der durch Ehebruch des Klägers eingetretenen Kompensation von Amts wegen. (Gem. R.). Die Klage erscheint durch den Ehebruch des anderen Gatten begründet, und es bildet den Inhalt einer wahren Einrede des Letzteren, wenn er geltend macht, Ersterer befinde sich in gleicher Schuld. Die Kap. 6 und 7 X de adult. 5, 16 enthalten nur den materiellen Rechtssatz, nicht aber ein prozessualisches Prinzip. Nr. 2319. Wenn daher im vorliegenden Falle beide Ehegatten Ehebruch begangen haben, so stand der Klage des einen ebenso wie der Widerklage des anderen die Einrede der Kompensation wirksam entgegen. Weder der eine noch der andere Teil hat sie vorgebracht, aber mit Recht hat der Berufungsrichter angenommen, daß er trotzdem die derselben zu Grunde liegenden Thatsachen bei der Entscheidung berücksichtigen durfte. Wenn der Richter zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe sogar befugt ist, eine nicht einmal von den Parteien vorgebrachte Thatsache von Amts wegen zu berücksichtigen (§ 581 C.P.O.), so muß ihm um so gewisser gestattet sein, eine von den Parteien behauptete und feststehende Thatsache von Amts wegen zu berücksichtigen d. h. die Folgerungen daraus zu ziehen, welche das Recht im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe an sie knüpft (§ 577 C.P.O.).

Nr. 2313. VI. Sen. 27. Juni 1892. VI. 116. 92. Bd. 30, Nr. 30, S. 104.

Kompensation von Ehevergehen. (Gem. R.). Den Gründen, aus denen der Berufungsrichter annimmt, daß der vor der hier festgestellten Aussöhnung der Parteien vom Kläger etwa begangene Ehebruch mit dem späteren Ehebruche der Beklagten nicht kompensiert werden könne, kann nicht beigetreten werden. Insoweit sich das Berufungsurteil mit dem Kompensationseinwande der Beklagten beschäftigt, beruht es auf gemeinrechtlichen Grundsätzen über die Kompensation in Ehescheidungssachen, die, auch nach der Annahme des Berufungsrichters, in Frankfurt a. M. neben dem Gesetze vom

19. November 1850 (§ 15) ungehindert fortbestehen, nicht aber auf partikulärem Frankfurter Recht, so daß die Revisibilität des Urteils nicht zweifelhaft ist. Nr. 3667. Nun ist zwar im gemeinen Recht anerkannt, daß die Kompensation mit dem Ehebruche des anderen Teils sowohl dann ausgeschlossen ist, wenn bezüglich desselben eine Aussöhnung stattgefunden hat, als auch dann, wenn in einem früheren Ehescheidungsprozesse zwischen denselben Parteien der Ehebruch bereits mit dem damals dem Gegner vorgeworfenen Ehebruche kompensiert ist. Im letzteren Falle kann er nicht nochmals mit einem späteren Ehebruche des anderen Teils kompensiert werden. Hier trifft jedoch keiner dieser Gründe gegen die Kompensation mit einem vor der Aussöhnung vom Kläger etwa begangenen Ehebruche zu. Denn diese Aussöhnung bezog sich nicht auf den Ehebruch des Klägers, sondern auf einen schon damals begangenen Ehebruch der Beklagten, es ist nicht einmal festgestellt, daß die Beklagte damals von einem vom Kläger vorher begangenen Ehebruche Kenntnis hatte. Ebensowenig aber kann der Umstand, daß die Klage sich auf den nach der Aussöhnung von der Beklagten begangenen Ehebruch stützt, die Kompensation mit dem früheren Ehebruche des Klägers ausschließen. Gleichzeitigkeit des beiderseitigen Ehebruches ist zur Kompensation so wenig erforderlich, wie es darauf ankommt, ob etwa auf der einen Seite nur ein vereinzelter Fall eines Ehebruches, auf der anderen dagegen ein fortgesetzter ehebrecherischer Verkehr oder eine Mehrzahl von Fällen des Ehebruches vorliegt. Denn auch ein einzelner Ehebruch enthält eine absolute Verletzung der ehelichen Treue und eine Abwägung der beiderseitigen Vergehungen nach der Zahl der Ehebrüche und nach der Dauer des unerlaubten Verkehrs würde dem Wesen der Ehe nicht entsprechen. Nr. 2315.

Nr. 2314. I. Sen. 2. Juni 1883. I. 216. 83. Bd. 9, Nr. 47, S. 189.

Versuch des Ehebruchs; zeitliche Freiheitsstrafe. (Gem. R.). Der bloße Versuch des Ehebruches giebt einen Scheidungsgrund nicht ab. Nr. 2328. Nr. 2310. Aber nach protestantischem Eherecht ist mehr als die Geschlechtsvereinigung zum Begriffe des Ehebruchs nicht zu erfordern. Im vorliegenden Falle ist die Ehescheidung beantragt, weil der Ehemann wegen des Versuchs, eine Blödsinnige zum außerehelichen Beischlafe zu mißbrauchen, nach §§ 176 Nr. 2, 43 St.G.B. zu zweijähriger Zuchthausstrafe rechtskräftig verurteilt ist. Es kommt wesentlich darauf an, ob ein den Bruch der ehelichen Treue bethätigender fleischlicher Vorgang stattgefunden hat, und es erscheint die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die von der Klägerin behauptete That ihres Ehemannes, wenn auch in strafrechtlicher Hinsicht nur als Versuch bezeichnet, doch in eherechtlicher Hinsicht einen vollendeten die Scheidung begründenden Ehebruch darstellt. Was die wegen des Verbrechens erkannte Strafe betrifft, so erscheint über die Frage, ob durch das Verschulden des bestraften Ehegatten die Möglichkeit der dem Wesen der Ehe entsprechenden innigsten Lebensgemeinschaft der Ehegatten zerstört worden ist, eine Entscheidung im vorliegenden Falle unthunlich, solange nicht die Beschaffenheit der bestraften That und der Inhalt des Strafurteiles festgestellt ist. Nr. 2327. Nr. 2329. Nr. 2331. Nr. 2321.

Nr. 2315. VI. Sen. 18. Februar 1895. VI. 329. 94. Bd. 35, Nr. 29, S. 128.

Aufrechnung der von beiden Teilen begangenen Ehebrüche gegeneinander. Ehebruch gegenüber der böslichen Verlassung. (Gem. R.). Der Kläger hatte Ehescheidung wegen Ehebruchs der Beklagten beantragt, die Beklagte hatte Widerklage erhoben auf Scheidung wegen Ehebruchs des Klägers und wegen böslicher Verlassung. Nachdem der Kläger dem Befehle des Landgerichts, die Beklagte innerhalb zwei Wochen in einer angemessenen Wohnung wieder bei sich aufzunehmen, nicht nachgekommen war, wies das Landgericht am 27. Mai 1893 die Klage sowie die Widerklage, soweit sich diese auf Ehebruch des Klägers gründe, ab und legte der Beklagten einen Eid dahin auf, daß sie sich nicht bewußt sei, dem Kläger begründete Veranlassung gegeben zu haben,

sich von ihr fern zu halten, daß auch dieser Fernhaltung keine unter den Parteien getroffene Verabredung zu Grunde liege; im Falle ihrer Eidesleistung sollte der Kläger für einen böslichen Verlasser seiner Ehefrau erklärt und die zwischen den Parteien bestehende Ehe vom Bande geschieden, im Falle der Nichtleistung des Eides die Beklagte auch mit der weiteren Widerklage abgewiesen werden. Dies Urteil wurde nur vom Kläger angefochten; auf seine Berufung wurde es und zwar auf Grund neuen Vorbringens des Klägers vom Oberlandesgericht dahin abgeändert, daß die Beklagte zunächst beschwören sollte, daß sie seit dem 27. Mai 1893 nicht mit H. den Beischlaf vollzogen habe, und daß im Falle der Eidesverweigerung die zwischen den Parteien bestehende Ehe wegen Ehebruchs der Beklagten mit H. vom Bande geschieden werden solle, während für den Fall der Leistung dieses Eides es bei der ferneren im Urteile der ersten Instanz geschehenen Eidesauflage an die Beklagte und den dort bestimmten Eidesfolgen verbleiben solle. Die hiergegen von der Beklagten eingelegte Revision ist zurückgewiesen. Die Abweisung der auf Ehebrüche der Beklagten gestützte Klage und der Widerklage, insoweit diese auf Ehebrüche des Klägers gestützt war, ist in der ersten Instanz nicht etwa deshalb erfolgt, weil die beiderseitigen Anschuldigungen ohne Beweis geblieben wären, sondern vielmehr auf Grund gegenseitiger Aufrechnung der beiden Teilen nach der thatsächlichen Feststellung des Landgerichts zur Last fallenden Ehebrüche. In der Berufungsinstanz hat sodann der Kläger, wie es ihm nach § 574 C.P.O. frei stand, neue Klagegründe nachgebracht, indem er seinen Scheidungsantrag nunmehr auch auf andere Ehebrüche stützte, welche die Beklagte nach seiner Behauptung neuerdings, nämlich nach dem 25. Februar 1893, dem Tage derjenigen mündlichen Verhandlung, in der sie sich vor dem Landgericht zuerst auf die dem Kläger vorzuwerfende Ehebrüche berufen hatte, begangen haben sollte. Das Oberlandesgericht hat von jenen neu behaupteten Ehebrüchen der Beklagten ihr ehebrecherisches Verhältnis zu H. als soweit bewiesen erachtet, daß es der Beklagten einen richterlichen Eid über dessen Negative auferlegt hat, und die Beklagte beschwert sich nun vor Allem darüber, daß nicht auch dieser neue Klagegrund auf Grund der Kompensation mit den schon in der ersten Instanz zur Aufrechnung benutzten Ehebrüchen des Klägers verworfen worden sei. Dieser Angriff scheitert nicht etwa schon daran, daß die Beklagte in der Berufungsverhandlung diese Kompensation nicht geltend gemacht hatte. Denn wenn auch eine Kompensation von Forderungsrechten nach der richtigen Ansicht nicht stattfindet, solange nicht von der einen Seite der entsprechende Wille erklärt worden ist, so ist dies doch auf die wesentlich anders geartete Kompensation der Ehescheidungsgründe trotz der Übertragung des Namens nicht analog anzuwenden. Der Unterschied liegt darin, daß bei vernachlässigter Kompensation das Scheidungsrecht des zuerst verklagten Ehegatten durch die auf Grund seines eigenen Vergehens ausgesprochene Scheidung ebenso gut untergeht wie durch vorgenommene Kompensation, während die Gegenforderung eines verurteilten Schuldners bei unterlassener Kompensation gerade bestehen bleibt, durch Vollziehung der Kompensation aber ihm verloren geht. Da außerdem bei Ehescheidungssachen das öffentliche Interesse an Aufrechthaltung der Ehe eingreift, das, wie es in der C.P.O. zu der Bestimmung des § 581 geführt hat, so auch schon nach früherem gemeinen Recht hier eine Einschränkung des Verhandlungsprinzips bewirkte, so ist um so weniger Grund gegeben, hier eine besondere Willenserklärung des verklagten Teils zur Anwendung der Kompensation für erforderlich zu halten. Es ist also diese Kompensationseinrede eine Einrede wie alle anderen, bei der es genügt, wenn der Beklagte die sie begründenden Thatsachen angeführt hat. Für die Berufungsinstanz lag nun die Sache so, daß die von der Beklagten in der ersten Instanz behaupteten Ehebrüche des Klägers, obgleich sie von ihr in der Berufungsinstanz nicht ausdrücklich wieder hervorgehoben waren, doch auch den dort nachgeschobenen Klagegründen gegenüber als nach dem vorgetragenen Thatbestande erster Instanz einmal behauptete Thatsachen in Betracht zu ziehen waren, soweit sie diesen Klagegründen gegenüber

sich als erheblich darstellten. Eine solche Erheblichkeit muß ihnen nun aber allerdings abgesprochen werden. Zwar darf als unzweifelhaft gelten, daß bei vorliegenden beiderseitigen Ehebrüchen nicht die einzelnen Vergehungen dieser Art ihrer Zahl oder ihrer Schwere nach gegeneinander aufgerechnet werden, sondern nur der ganze Inbegriff der in dem betreffenden Verfahren jedem der beiden Streitteile mit Recht zur Last gebrachten Ehebrüche, andererseits aber auch, daß ein schon einmal zur Begründung der Kompensationseinrede gegen eine Scheidungsklage verwendetes Vergehen nicht noch einmal zur Begründung der Kompensationseinrede gegen eine neue Klage aus einem neuen Scheidungsgrunde gebraucht werden kann. Vergl. § 1717 des sächsischen B.G.B. Nun kann man zwar im rein prozessualen Sinne nach der jetzt geltenden C.P.O. da nicht von einer neuen Klage sprechen, wo auf Grund des § 574 C.P.O. innerhalb desselben Prozesses ein neuer Klagegrund nachgeschoben wird; aber nach dem Sinne jenes eherechtlichen Satzes kann es offenbar auf diese prozessuale Seite der Sache auch nicht ankommen, sondern das allein Erhebliche ist die Neuheit des Klagegrundes, gleichviel ob dieser in demselben oder in einem neuen Prozesse geltend gemacht wird. Es fragt sich also nur noch, in welcher Beziehung hier Neuheit des Klagegrundes vorausgesetzt ist. Hierüber würde man in den diese Kompensationseinrede betreffenden Quellenstellen (l. 39 Dig. sol. matr. 24, 3; c. 1 C. 32, qu., 6; c. 4 X de divort. 4, 19; c. 6, 7 X de adult. 5, 16), die überhaupt nur im allgemeinen die Kompensation der Scheidungsgründe anerkennen, vergeblich nach ausdrücklicher Auskunft suchen, und in bekannt gewordenen höchstrichterlichen Urteilen, auch in solchen des Reichsgerichts, ist bisher nur so viel ausgesprochen worden, daß die Kompensation mit einem Ehebruche dann wegfalle, wenn schon eine frühere Ehescheidungsklage des Gegners auf Grund der Kompensation mit demselben Ehebruche rechtskräftig abgewiesen oder nach Vorschützung solcher Kompensation vergleichsweise aufgegeben worden sei. Nr. 2313. Weshalb auch einem noch nicht rechtskräftig gewordenen Urteile als solchem, wie in dieser Sache das Berufungsgericht angenommen hat, in der hier in Rede stehenden Beziehung irgend eine Bedeutung zukommen sollte, ist nun freilich nicht abzusehen; dagegen scheint es in der Natur der Sache zu liegen, daß sogar mindestens solchen Ehebrüchen gegenüber, die von demjenigen Ehegatten, der die Kompensationseinrede vorgeschützt hat, seit dieser Vorschützung neu begangen sind, frühere Ehebrüche des anderen Ehegatten nicht mehr zur Kompensation benutzt werden können. Daher hätte das Oberlandesgericht den von ihm der Beklagten auferlegten Eid nicht einmal auf die Zeit seit dem 27. Mai 1893, als dem Tage der Verkündung des landgerichtlichen Urteils, zu beschränken brauchen, sondern ihn entsprechend der Behauptung des Klägers auf die Zeit seit dem 25. Februar 1893 erstrecken sollen; hierdurch ist indessen die Beklagte offenbar nicht beschwert. Daß das Oberlandesgericht für den Fall der Eidesverweigerung der Beklagten die Abweisung auch ihrer auf bösliche Verlassung gestützten Widerklage in Aussicht genommen hat, kann, obgleich der Kläger schon längst die ihm zur Wiederaufnahme der Beklagten gesetzte Frist hat verstreichen lassen, kein Bedenken hervorrufen. Denn solange die Scheidung nicht rechtskräftig ausgesprochen ist, ist auch eine böslich verlassene Frau die eheliche Treue zu halten verpflichtet, und daher kommt durch einen ihr zur Last fallenden Bruch der letzteren auch der sonst der böslichen Verlassung schuldige Ehemann nachträglich in die Lage, nunmehr einstweilen die Wiederaufnahme der Frau verweigern zu dürfen, am unzweifelhaftesten in denjenigen Gebieten, wo wie in Hamburg zeitweilige Trennungen von Tisch und Bett auf unbestimmte Zeit ausgesprochen zu werden pflegen. Nr. 2320.

Nr. 2316. III. Sen. 24. Februar 1885. III. 261. 84. Bd. 15, Nr. 43, S. 203.

Begriff der böslichen Verlassung. (Gem. R.). Die malitiosa desertio setzt gemeinrechtlich nicht mehr voraus, als daß der Desertor sich an einen unbekannten oder doch dem Gericht unerreichbaren Ort begiebt und sich beharrlich von dem anderen Ehe-

gatten fern hält. Diese Merkmale sind im vorliegenden Falle gegeben. Hält sich der Desertor beharrlich fern, entzieht er sich auch beharrlich seiner Pflicht, für die Ehefrau zu sorgen, so ist es ohne Bedeutung, ob er unter gewissen Umständen und Verhältnissen zur Rückkehr bereit ist. Es ist seine Pflicht, für die Wiederherstellung des ehelichen Lebens zu sorgen, es kann daher auch nicht der Klägerin der Vorwurf gemacht werden, daß sie ihrerseits nach dieser Richtung keine Versuche gemacht habe. Wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, daß bösliche Verlassung nicht anders vorliegt, als wenn anzunehmen ist, daß der Desertor zu dem Zwecke im Auslande verweilt, um hierdurch dauernd das eheliche Zusammenleben thatsächlich aufzuheben, so ist das Gebiet der desertio malitiosa in nicht gerechtfertigter Weise eingeschränkt. Nr. 2318.

Nr. 2317. I. Sen. 28. Januar 1888. I. 364. 87. Bd. 20, Nr. 47, S. 208.

Ehescheidung wegen böslicher Verlassung. (Gem. R.). Der Begriff der böslichen Verlassung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß sich die Klägerin nach der Entfernung des Beklagten mit einem anderen Manne fleischlich vermischt hat. Das gemeine protestantische Kirchenrecht statuiert zur Begründung der Klage wegen böslicher Verlassung als Erfordernis nicht die Darlegung und den Nachweis seitens des klagenden Ehegatten, daß er die ehelichen Pflichten nicht verletzt, namentlich keinen Ehebruch begangen habe. Nr. 2319. Wenn das Berufungsgericht sich auf eine entsprechende Praxis der mecklenburgischen Gerichte dafür beruft, daß nach mecklenburgischem Partikularrecht ein Anspruch auf Scheidung wegen böslicher Verlassung nur dann als begründet anerkannt werden dürfe, wenn der klagende Teil einen den ehelichen Pflichten entsprechenden Lebenswandel geführt habe, und daß dem verlassenen Ehegatten die Scheidung und damit die Möglichkeit der Eingehung einer anderen Ehe unter allen Umständen dann versagt bleiben solle, wenn er seinerseits die eheliche Treue durch Begehung eines Ehebruches verletzt hat, so ist doch dadurch keine Partikularrechtsnorm geschaffen, welche es verböte, die weitere Entwickelung, welche die fragliche Materie in der Wissenschaft und in der Lebensanschauung seit der zweiten Hälfte des sechszehnten Jahrhunderts genommen hat, auch bei den gerichtlichen Entscheidungen zu berücksichtigen. Nr. 2320. Nr. 2318.

Nr. 2318. VI. Sen. 19. April 1894. VI. 41. 94. Bd. 33, Nr. 37, S. 171.

Voraussetzungen der Ehescheidung wegen böslicher Verlassung. (Gem. R.). Die Ehefrau R. klagte gegen ihren Ehemann, von dem sie getrennt lebte, auf Trennung von Tisch und Bett; der Ehemann erhob Widerklage auf Scheidung vom Bande wegen böslicher Verlassung. Nachdem das Landgericht gänzlich zu Gunsten der Klägerin erkannt hatte, wurde in der Berufungsinstanz zunächst durch Teilurteil das Urteil erster Instanz in Ansehung der Vorklage aufgehoben und diese abgewiesen, auch zugleich ein Rückkehrbefehl an die Klägerin erlassen. Da sie diesem nicht Folge leistete, machte das Berufungsgericht durch ein weiteres bedingtes Urteil die Entscheidung über die Widerklage von dem dem Beklagten auferlegten richterlichen Eide abhängig, es sei nicht wahr, daß er der Klägerin begründete Veranlassung gegeben habe, ihn zu verlassen bezw. sich von ihm fern zu halten, und es liege auch dieser Verlassung und Fernhaltung keine zwischen ihm und der Klägerin getroffene Verabredung zu Grunde. Die Entscheidungsgründe paßten nicht zu dem ersten Teile dieses Eides, sondern setzten vielmehr einen Eid voraus, daß der Beklagte sich nicht bewußt sei, der Klägerin begründete Veranlassung zur Verlassung oder Fernhaltung gegeben zu haben; ein solcher Eid wurde als in Hamburg bei Scheidungsklagen wegen böslicher Verlassung üblich bezeichnet. Auf die Revision des Beklagten wurde dies Urteil aufgehoben. Der erste Teil des auferlegten Eides beruht sowohl auf einem inneren Widerspruch mit den Entscheidungsgründen als auch, insofern er dem Beklagten die Abgabe eines Urteils über die Gesamtheit des von ihm selbst gegenüber der Klägerin beobachteten Verhaltens ansinnt, auf einem Ver-

stoße gegen § 437 C.P.O. Übrigens würde aus anderen Gründen auch eine wirklich auf jenes Bewußtsein gerichtete Eidesauflage nicht zu billigen gewesen sein. Denn nach gemeinem protestantischen Eherecht ist es für das Vorliegen einer die Ehescheidung rechtfertigenden böslichen Verlassung an sich unerheblich, was für ein Bewußtsein der die Scheidung begehrende Ehegatte in Beziehung auf seine Schuld oder Nichtschuld im Verhältnisse zum anderen Ehegatten hat; nur als Indizium für oder gegen irgend eine andere Thatsache, die ihrerseits in den Bereich der Merkmale der böslichen Verlassung oder der Fundamente einer hier einschlagenden Einrede fiele, könnte jene Thatsache des Bewußtseins möglicherweise von Bedeutung sein; allein von der Unterstellung einer solchen Beziehung ist aus den Entscheidungsgründen des Berufungsgerichts nichts zu entnehmen. Mit Recht hat übrigens der Beklagte weiter auch darin einen Widerspruch zwischen den Gründen und der Entscheidung des Berufungsgerichts gefunden, daß es nach den ersteren schon als feststehend zu gelten hatte, daß der Beklagte der Klägerin zur Verlassung jedenfalls keine begründete Veranlassung gegeben habe, während der auferlegte Eid dennoch auch diesen Punkt mit umfaßt und sich nicht auf die Verneinung begründeter Veranlassung zur weiteren Fernhaltung beschränkt. Es sagt nämlich das Berufungsgericht nicht nur zu Anfang der Gründe, die Merkmale einer böslichen Verlassung im natürlichen Sinne seine mit genügender Bestimmtheit zu Tage getreten, sondern verweist weiterhin auch auf das rechtskräftig gewordene Teilurteil, wodurch die Klägerin mit ihrer auf Trennung von Tisch und Bett gerichteten Klage aus Gründen abgewiesen worden ist, mit denen die Annahme eines die Verlassung rechtfertigenden Verhaltens des Beklagten unvereinbar wäre. Der Standpunkt, den das Berufungsgericht materiellrechtlich in Ansehung des als Klaggrund bei der Ehescheidungsklage wegen böslicher Verlassung zu betrachtenden Thatbestandes eingenommen hat, entspricht überhaupt nicht dem gemeinen protestantischen Eherecht. Schon das läßt sich nicht sagen, daß zur Begründung einer solchen Klage außer der Darlegung der böslichen Verlassung selbst auch noch die Negative gehörte, daß der Verlassene sich vorher nichts Erhebliches gegen den Verlasser habe zu schulden kommen lassen. Wo möglich noch weniger aber braucht in solchem Falle der Ehescheidungskläger diese Negative für die Zeit nach der Verlassung darzuthun. Allerdings ist das Verhalten, welches der verlassene Ehegatte gegenüber dem Verlasser während dieser Zeit beobachtet, keineswegs unerheblich. Denn auf Scheidung wegen böslicher Verlassung darf nicht erkannt werden, wenn nicht auch noch während des Prozesses eine hartnäckige andauernde Pflichtwidrigkeit des Verlassers vorliegt. Nicht nur kann nun von einer solchen so lange nicht die Rede sein, als der Verlassene dem Verlasser durch sein augenblickliches Verhalten einen gerechten Grund zur Fernhaltung giebt; sondern auch darüber müssen jedenfalls in den Gebieten, wo, wie in Hamburg, Trennungen von Tisch und Bett auf unbestimmte Zeit herkömmlich sind, gegenüber der Scheidungsklage wegen böslicher Verlassung solche Einreden durchgreifen, deren Fundament auch als Fundament einer jetzt zu erhebenden Klage auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett würde dienen können. Nr. 2320. Aber dazu werden eben wirkliche Einreden mit substanziierter thatsächlicher Grundlage erfordert, für die an sich den Beklagten (hier also die Klägerin als Widerbeklagte) die Beweislast treffen würde, und die allerdings nach Maßgabe des § 581 C.P.O. auch von Amts wegen berücksichtigt werden dürften, aber doch immer nur in dem Sinne, daß dann bestimmte Beweisgründe für bestimmte Einredethatsachen in den Entscheidungsgründen dargelegt werden müßten. Das Reichsgericht hat bereits in dem Falle Nr. 2316 die Voraussetzungen der Scheidung wegen böslicher Verlassung in einer Weise bestimmt, die keinen Raum für das Verlangen des Nachweises der hier in Rede stehenden allgemeinen Negative läßt, und hat später Nr. 2319. Nr. 2317 ein solches Verlangen in noch nachdrücklicherer Weise für unberechtigt erklärt. Aus allen diesen Gründen erschien der bisher besprochene Teil des dem Beklagteen auferlegten Eides als unhaltbar, und wenn es sich allein um diesen Punkt gehandelt hätte, so würde

nichts im Wege gestanden haben, bei Aufhebung des vorigen Urteils sogleich auf Scheidung wegen böslicher Verlassung von seiten der Klägerin zu erkennen. Aber das Oberlandesgericht hat auch gemeint, daß einiger, wenn auch nur geringer Grund zu der Annahme gegeben sei, daß der Verlassung und Fernhaltung der Klägerin eine mit dem Beklagten getroffene Verabredung zu Grunde liegen möchte, was es nach § 581 C.P.O. von Amts wegen zu berücksichtigen befugt war, da dadurch die Böslichkeit der Verlassung dennoch als ausgeschlossen erscheinen würde, und hat deshalb auch hierauf den dem Beklagten auferlegten richterlichen Eid erstreckt. Der hauptsächliche Grund, den das Oberlandesgericht für seinen schwachen Kollusionsverdacht angegeben hat, daß die Klägerin trotz rechtskräftiger Zurückweisung ihrer Klage dem Verlangen des Beklagten nach ihrer Rückkehr bisher nicht entsprochen hat, erscheint freilich als hinfällig. Da es aber nicht sachgemäß erschien, dem Berufungsgericht die Möglichkeit, seinen Kollusionsverdacht in anderer Weise zu begründen, abzuschneiden, so ist die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen.

Nr. 2319. I. Sen. 4. Juni 1887. I. 85. 87. Bd. 18, Nr. 46, S. 225.

Ehebruch der die Ehescheidung wegen böslicher Verlassung begehrenden Klägerin. (Gem. R.). Allerdings spricht die päpstliche Entscheidung in cap. 4 X de divortiis 4, 19 in betreff des von der Ehefrau erhobenen Anspruches auf Wiedervereinigung mit dem getrennt von ihr lebenden Ehemanne aus, daß der Letztere dazu nicht gezwungen werden könne, falls die Klägerin Ehebruch getrieben hat. Diese Entscheidung beruht auf dem Grundsatze des katholischen Eherechts, daß wegen Ehebruchs nicht die Lösung des Ehebandes, aber die beständige Trennung der Ehegatten verlangt werden kann; sie erkennt an, daß letztere nicht allein durch Klage auf Separation, sondern auch im Wege der Einrede erreicht werden kann, indem der Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens durch die Einrede des Ehebruches des klagenden Ehegatten begegnet werden kann, wenn nicht der klagende Ehegatte diese Einrede durch die Replik der Kompensation beseitigt. Dieser Ausspruch ist aber nicht auch nach protestantischem Rechte um deshalb anwendbar, weil es dem verletzten Teil einen noch weitergehenden Anspruch, das Recht auf Lösung des Ehebandes, zugestehe. Denn das protestantische Eherecht weicht von dem katholischen nicht bloß darin ab, daß es diesen weitergehenden Anspruch gewährt, sondern auch darin, daß es den Anspruch auf beständige Trennung der Ehegatten ohne Lösung des Ehebandes versagt, was jetzt durch § 77 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 verallgemeinert ist. Hieraus folgt, daß eine beständige Trennung von dem anderen Ehegatten wegen Ehebruches desselben ohne Lösung des Ehebandes ebensowenig durch Einrede gegen die Klage desselben auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens wie durch Klage auf Gestattung der Trennung erreicht werden kann. Der Ehegatte, welcher wegen Ehebruches des anderen die Auflösung der Ehe verlangen könnte, aber von diesem Rechte keinen Gebrauch macht, bleibt bei Aufrechterhaltung der Ehe den für ihn daraus entspringenden Pflichten unterworfen und hat deshalb kein Recht, die Wiedervereinigung mit dem anderen Ehegatten anders als durch Erwirkung der Scheidung oder der einstweiligen Gestattung des Getrenntlebens während des Scheidungsprozesses zu verhindern. — Ebensowenig erscheint die Abweisung der Klage unter dem Gesichtspunkte der Kompensation der Scheidungsgründe gerechtfertigt. Das kanonische Recht versagt dem Ehegatten, welcher sich selbst des Ehebruches schuldig gemacht hat, die Klage auf Trennung wegen Ehebruches des anderen Ehegatten cap. 6, 7 X de adult. 5, 16. Die Frage, ob die Kompensation auch bei anderen Scheidungsgründen stattfinde, abgesehen von den dem Ehebruche gleich' zu achtenden sonstigen Fleischesvergehen, konnte nach kanonischem Recht nicht aufgeworfen werden, weil dasselbe die separatio perpetua nur wegen Ehebruches gestattet. Die Kompensation wegen beiderseitigen Ehebruches wurde auch im protestantischen Eherechte beibehalten. Da das letztere aber die Lösung des Ehebandes auch aus anderen Gründen als wegen Ehebruches zuließ, so entstand nunmehr die

Frage, ob die Kompensation auch bei Scheidungsklagen stattfinde, welche auf einen anderen Grund als Ehebruch gestützt sind, und ob die Kompensation, bei einer auf Ehebruch oder auf einen anderen Grund gestützten Scheidungsklage, auch dann stattfinde, wenn die Pflichtverletzung des klagenden Ehegatten anderer Art ist als diejenige, welche den Grund der Scheidungsklage bildet. Die Frage ist kontrovers. Die hier zu entscheidende Frage, ob bei ungleichartigen Pflichtverletzungen Kompensation stattfinde, muß verneint werden. Vergl. §§ 1722, 1730 des sächsischen B.G.B. Nr. 2317. Nr. 2320. Nr. 2318. Nr. 2312.

Nr. 2320. VI. Sen. 30. Januar 1893. VI. 261. 92. Bd. 31, Nr. 28, S. 149.

Einrede des Ehebruches gegenüber einer auf bösliche Verlassung gegründeten Ehescheidungsklage. Zeitweilige Trennung von Tisch und Bett bei Ehebruch. (Gem. R.). Der Kläger, dessen Ehe mit der jetzigen Beklagten auf die Klage der Letzteren wegen von ihm verübter Mißhandlungen am 15. November 1883 vom Landgericht in Hamburg „bis zur Wiedervereinigung der Gemüter" von Tisch und Bett getrennt war, verlangte gegen Ende des Jahres 1891 die Rückkehr der Beklagten zu ihm und klagte, da sie sich weigerte, wegen böslicher Verlassung auf Scheidung vom Bande. Vom Berufungsgerichte wurde diese Klage auf Grund der Einrede des Ehebruches abgewiesen und sodann die Revision des Klägers zurückgewiesen. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat der Kläger in der Zeit vom April bis zum November 1890 mit einer Frau C. ehebrecherischen Verkehr gepflogen, wegen dessen er am 23. Mai 1891 von der Strafkammer des Landgerichts verurteilt ist. Die hierauf gestützte Einrede hat das Berufungsgericht gegenüber der auf bösliche Verlassung gegründeten Ehescheidungsklage für durchgreifend erachtet. Zunächst war hier die allgemeine Frage erheblich, ob überhaupt gegenüber der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens bezw. der Ehescheidungsklage wegen böslicher Verlassung solche Umstände, welche dem beklagten Teile an sich einen Anspruch auf eine Trennung gewähren, bloß einredeweise geltend gemacht werden können. Gemeinrechtlich nämlich kann offenbar zwischen jenen beiden Klagarten in dieser Beziehung kein Unterschied obwalten. Der Bejahung jener Frage, wie sie freilich von seiten des Reichsgerichts schon früher erfolgt ist (Nr. 2207, Nr. 2387) steht im allgemeinen doch das Bedenken entgegen, daß sonst der Grundsatz als feststehend gilt, daß sich Ehegatten nicht formell eigenmächtig, sondern nur nach Maßgabe eines Richterspruches voneinander trennen sollen. Wenn andererseits gewisse Stellen des kanonischen Rechts, wie c. 4 X. de divort. 4, 19 und c. 13 X. de rest. spol. 2, 13, der Bejahung eine gesetzliche Grundlage zu gewähren scheinen, und wenn im Anschlusse daran die Zulässigkeit solcher Einreden in der Litteratur und in der Rechtsprechung des protestantischen Eherechts vielfach angenommen worden ist, so ist doch dem gegenüber auf die Ausführungen des I. Civil-Senats des Reichsgerichts (Nr. 2319. Nr. 2317) hinzuweisen, wo insbesondere in Ansehung des c. 4 X. de divort. 4, 19 bemerkt ist, die fragliche Bestimmung passe wohl in das katholische Eherecht, weil dort der Ehebruch des anderen Ehegatten einen Anspruch auf lebenslängliche Trennung von Tisch und Bett gebe, aber nicht in das protestantische, dem diese Art der Ehetrennung unbekannt sei. Wenn bei diesem Ausspruche auch zunächst der Gegensatz zur Scheidung vom Bande ins Auge gefaßt ist, so läßt sich doch nicht verkennen, daß er ebenso gut auf den Gegensatz der bloß zeitweiligen Trennung von Tisch und Bett paßt, wenigstens soweit diese nur auf bestimmt abgegrenzte Zeit erfolgen würde. Dabei ist mit Recht im Falle Nr. 2317 schon hervorgehoben worden, daß Entscheidungen, wonach die Frau so lange nicht in die eheliche Wohnung zurückzukehren braucht, als sich der Mann in dieser eine Beischläferin hält, mit der jetzt behandelten Frage nichts zu thun haben; bei ihnen handelt es sich nur um eine augenblickliche Entschuldbarkeit der Rückkehrweigerung wie etwa im Falle begründeter Befürchtung von Mißhandlungen. Im vorliegenden Falle brauchte nun aber die Frage, ob der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens bezw. der Ehescheidungs-

klage wegen böslicher Verlassung ein beliebiger Ehetrennungsgrund bloß einredeweise entgegengehalten werden könne, nicht allgemein entschieden zu werden. Hamburg gehört zu denjenigen Rechtsgebieten, wo eine Trennung von Tisch und Bett „bis zur Wiedervereinigung der Gemüter“, also auf unbestimmte Zeit für zulässig gilt; eine solche ist dort sogar die übliche Art. Damit darf ohne Weiteres die Zulässigkeit der erwähnten Einreden als gegeben angesehen werden, soweit es sich um solche Gründe handelt, die auch zu einer Klage auf Trennung von Tisch und Bett berechtigen würden: denn da bei einer Trennung auf unbestimmte Zeit über die Dauer eventuell doch das freie richterliche Ermessen nachträglich entscheidet, so kann kaum ein Bedenken obwalten, die Anrufung desselben vorkommenden Falles lediglich im Wege der Einrede vor sich gehen zu lassen. Jedenfalls kann die bloße Einrede da zugelassen werden, wo wie hier die Parteien nun einmal rechtskräftig bereits von Tisch und Bett „bis zur Wiedervereinigung der Gemüter“ geschieden sind. Hier kann der eine Ehegatte nach Ablauf einer ihm angemessen erscheinenden Zeit versuchsweise auf Herstellung des ehelichen Lebens bezw. auf Scheidung wegen böslicher Verlassung klagen; aber das richterliche Ermessen hat dann eben darüber zu entscheiden, ob man billigerweise nach den Umständen schon eine „Wiedervereinigung der Gemüter“ erwarten dürfe, und dies ist bei neuerlichem Auftauchen neuer Trennungsgründe natürlich nicht der Fall. Immerhin bleibt noch zu erwägen, ob ein Ehebruch des anderen Ehegatten wirklich, wie das Berufungsgericht angenommen hat, als ein Umstand gelten kann, der zu bloß zeitweiliger Aufhebung des ehelichen Lebens berechtigt. Dies ist zu bejahen. Die Urteile in den Fällen Nr. 2319. Nr. 2317 stehen dem nur scheinbar entgegen, wenn sie bei Verwerfung der bloßen Einrede des Ehebruches gegenüber einer auf bösliche Verlassung gestützten Scheidungsklage als Gegensatz zu dieser bloßen Einrede nur die Möglichkeit, eine „Scheidung bezw. die einstweilige Gestattung des Getrenntlebens während des Scheidungsprozesses zu erwirken, bezeichnen. Die Frage, ob wegen Ehebruches nur auf völlige Scheidung oder auch auf bloß zeitweilige Trennung von Tisch und Bett geklagt werden könnte, ist dort nicht besonders erwogen. In dem Urteile im Falle Nr. 3400 (vergl. Nr. 2207) ist die Frage nur beiläufig berührt, ohne daß die Entscheidung auf dem allerdings entgegenstehenden Ausspruche beruhte. Es ist aber nicht abzusehen, weshalb man dem durch den Ehebruch des anderen Teils gekränkten Ehegatten trotz seines Rechtes auf völlige Scheidung in der ersten Zeit nach jenem Ehebruche bezw. in der ersten Zeit, nachdem er von diesem Kenntnis erlangt hat, nicht Gelegenheit zu diesem Versuche gewähren sollte, ob er sich nicht nach einer Trennung von höchstens wenigen Jahren trotzdem schließlich wieder zum Zusammenleben mit dem treubrüchig gewordenen Ehegatten werde entschließen können. Daher muß es dem Ersteren während einer vom richterlichen Ermessen abhängigen Zeit frei stehen, zunächst auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett, statt auf völlige Scheidung, und dann in Hamburg natürlich auf unbestimmte Zeit, zu klagen. Hiermit stimmt auch die vorherrschende Ansicht überein. Vergl. auch § 1752 des sächsischen B.G.B. Es lagen nun auch die dem Kläger zur Last fallenden Ehebrüche bezw. die der Beklagten davon gewordene Kunde zeitlich noch nicht so weit zurück, daß etwa in zu weiter Ausdehnung des richterlichen Ermessens in dieser Beziehung ein rechtlicher Verstoß hätte gefunden werden können. Nr. 3667. Nr. 2318. Nr. 3676. Nr. 2315.

Nr. 2321. III. Sen. 13. Januar 1891. III. 222. 90. Bd. 27, Nr. 37, S. 156.

Unnatürliche Befriedigung des Geschlechtstriebes und Fleischesverbrechen sowie Verurteilung zu Freiheitsstrafe als Ehescheidungsgründe. (Gem. R.). Nach katholischem Eherechte gilt als zureichender Grund zur immerwährenden Scheidung der Ehegatten von Tisch und Bett nur die wirklich vollzogene verbrecherische fleischliche Vermischung, mag sie in naturgemäßer Ordnung (copula naturalis) oder naturwidrig (copula sodomitica vel bestialis) stattgefunden haben. Zwar wird von älteren und

neueren Schriftstellern auf Grund einiger Stellen des kanonischen Rechts, insbesondere can. 3 C. 32 qu. 2, can. 11 C. 32 qu. 4, can. 7, 11—15 C. 32 qu. 7 des decretum Gratiani allgemein der Satz aufgestellt, daß „unnatürliche Befriedigung des Geschlechtstriebes“ oder auch „Fleischessünden“ und „Fleischesverbrechen“ überhaupt die dauernde Separation nach kanonischem Recht zu begründen geeignet seien. Allein jene Gesetzesstellen reden nur davon, daß die dort bezeichneten unzüchtigen Handlungen höchst unmoralisch seien und noch härtere Strafe verdienten als der eigentliche Ehebruch, lassen sich aber nicht für die Annahme verwerten, daß unzüchtige Handlungen, auch wenn sie nicht in einer fleischlichen Vermischung bestehen, dem Ehebruche gleichgestellt werden müßten. Auf keinen Fall hat jene mildere Auffassung in der Praxis der katholischen Ehegerichte Eingang gefunden, vielmehr hat diese, wenigstens seit der Mitte des 17. Jahrhunderts, im Anschluß an can. 2 C. 32 qu. 1 stets daran festgehalten, daß der Grund der immerwährenden Scheidung von Tisch und Bett in der Verletzung der unio carnis zu suchen sei, deren sich der schuldige Ehegatte dadurch schuldig mache, daß er eine divisio carnis in alium vel aliam cum copula perfecta vollziehe. Nr. 2314. Da nun im vorliegenden Falle keine fleischliche Vermischung, sondern nur gewisse andere unzüchtige Handlungen in Frage stehen, die der Beklagte in der Absicht, seine Geschlechtslust zu erregen, an seiner Stief- und Pflegetochter vorgenommen hat, so ist der Antrag der Klägerin auf ständige Separation bezw. Ehescheidung mit Recht zurückgewiesen. Für das katholische Eherecht ist endlich der für das Eherecht der Protestanten und Israeliten geltende Scheidungsgrund wegen langwieriger entehrender Freiheitsstrafen nicht anzuerkennen. Nr. 2327. Nr. 2314. Nr. 2331.

Nr. 2322. II. Sen. 9. Mai 1884. II. 488. 83. Bd. 11, Nr. 83, S. 351.

Scheidung wegen einer vor der Ehe verübten groben Verunglimpfung. Art. 231 code civil. (Rhein. R.). Die Beklagte war, als sie dem Kläger den Beischlaf gestattete, bereits von einem anderen Manne schwanger. Durch ihre Vorspiegelung, der Kläger sei der Schwängerer, wurde dieser bestimmt, sie zu heiraten. Als er nach der Geburt des Kindes den wahren Sachverhalt erfuhr, erhob er die Ehescheidungsklage wegen grober Verunglimpfung (injure grave). Die Klage ist abgewiesen. Die Thatsachen, welche die grobe Verunglimpfung bilden, müssen sich nach dem Eheabschlusse ereignet haben. Die schwere Täuschung, welche die Beklagte gegen den Kläger verübt hat, fällt aber in die frühere Zeit und kann unmöglich als Verletzung der durch die Ehe übernommenen Pflichten angesehen werden, weil damals die Ehe noch nicht bestand. Die Folgen dieser verwerflichen Handlungsweise haben allerdings auch nach dem Eheabschlusse fortgedauert, aber dies ändert nichts an dem rechtlichen Charakter der Ursache. Die Fortsetzung der Täuschung dadurch, daß die Beklagte nicht nach dem Eheabschlusse kraft ihrer ehelichen Pflichten dem Kläger die Wahrheit über ihre Schwangerschaft mitteilte, erscheint als bedeutungslos. Das Stillschweigen kann nicht als eine nach dem Eheabschlusse zugefügte schwere Beleidigung des Ehemannes erachtet werden. Denn auch das Offenbaren des wahren Sachverhalts unmittelbar nach Beendigung der Funktionen des Civilstandesbeamten hätte die Lage des Klägers nicht gebessert. Nr. 3660. Nr. 3661. Nr. 2342. Nr. 2323.

Nr. 2323. II. Sen. 4. Juni 1889. II. 102. 103. 89. Bd. 23, Nr. 74, S. 331.

Ehescheidung wegen schwerer Beleidigung. Art. 231 code civil. (Rhein. R.). Nach Art. 231 code civil können nur solche Mißhandlungen oder Beleidigungen die Ehescheidungsklage begründen, welche nach dem Abschlusse der Ehe begangen sind. Nach dem Klagvorbringen hat der als schwere Beleidigung gerügte vertrauliche Umgang der beklagten Ehefrau mit anderen Personen vor Eingehung der Ehe stattgefunden und es wird nicht behauptet, daß die Beklagte während der Ehe eine Handlung begangen habe, welche die Scheidung rechtfertigen könnte. Die Geburt des vor der Ehe empfangenen

Kindes und das dadurch entstandene Gerede der Leute sind keine freiwilligen Handlungen der Beklagten, sondern nur die unvermeidlichen Folgen des vor der Ehe begangenen Fehltrittes. Nr. 2322.

Nr. 2324. II. Sen. 21. Oktober 1881. II. 362. 81. Bd. 5, Nr. 90, S. 335.

Ehescheidung wegen schwerer Beleidigungen. Art. 231 code civil. (Rhein. R.). Daraus, daß gegen eine Ehescheidungsklage die Einrede der Kompensation unstatthaft ist, folgt nicht, daß die zur Begründung einer solchen Einrede vorgetragenen Thatsachen überhaupt keine Beachtung finden können. Bei der Beurteilung, ob grobe die Ehescheidung rechtfertigende Beleidigungen vorliegen, ist nicht nur auf die Persönlichkeit, die Lebensstellung, den Stand und den Bildungsgrad der Eheleute, sondern auch auf alle übrigen Umstände, auf das gesamte eheliche Leben und insbesondere auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob und inwieweit das Verhalten des Klägers zu Mißstimmungen des anderen Teils und zu den diesem vorgeworfenen Äußerungen und Handlungen gegeben hat.

Nr. 2325. IV. Sen. 5. April 1894. IV. 335. 93. Bd. 33, Nr. 66. S. 284.

Ehescheidungsklage wegen ehrenrühriger Nachrede. § 706, II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Das Berufungsgericht hat den auf § 706, II. 1 A.L.R. gestützten Ehescheidungsgrund für vorliegend erachtet. Diese Entscheidung ist nicht gerechtfertigt. Dem Berufungsgericht ist allerdings darin beizutreten, daß die in § 186 St.G.B. bezeichnete ehrenrührige Nachrede, die auch in der Anzeige an eine Behörde bestehen kann, an sich geeignet ist, eine vorsätzliche unerlaubte Handlung im Sinne des § 706, II. 1 A.L.R. darzustellen. Denn eines Handelns wider besseres Wissen, wie solches im Falle der verleumderischen Beleidigung (§ 187 St.G.B.) oder der falschen Anschuldigung (§ 164 St.G.B.) vorliegt und zum Vorhandensein des in § 706, II. 1 A.L.R. vorgesehenen Ehescheidungsgrundes erfordert wird, bedarf es nicht, um die Voraussetzungen des § 706 a. a. O. zu erfüllen. Das Berufungsgericht gelangt aber zu der Annahme, daß die Beklagte eine nach § 186 St.G.B. strafbare und deshalb im Sinne des § 706, II. 1 A.L.R. unerlaubte Handlung durch die gegen ihren Ehemann bei der Behörde angebrachte Denunziation begangen habe, mittels der Erwägung, daß der Beklagten als Ehefrau der § 193 St.G.B. nicht zur Seite stehe, und diese Erwägung ist, so allgemein wie sie das Berufungsgericht aufstellt, als rechtsnormverletzend zu bezeichnen. Die Anzeige strafbarer Handlungen, zum Zwecke ihrer Verfolgung, bei den zuständigen Behörden stellt sich auf seiten desjenigen, der an die Wahrheit seiner Anzeige glaubt, als die Wahrnehmung des berechtigten Interesses an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Rechtsordnung dar. Zur Wahrnehmung dieses Interesses, das auch nicht schon dadurch, daß sich demnächst die Unrichtigkeit der Anzeige herausstellt, zu einem unberechtigten wird, ist ein Jeder befugt, nicht bloß derjenige, dem eine besondere Denunziationspflicht obliegt oder der von der angezeigten Handlung unmittelbar betroffen wird. Von dieser allgemeinen Befugnis besteht an sich keine Ausnahme für die Ehefrau in betreff strafbarer Handlungen ihres Ehemannes. Vielmehr steht auch ihr, wenn sie dergleichen im Glauben an die Wahrheit ihrer Angaben bei der Behörde anzeigt, der Schutz des § 193 St.G.B. zur Seite, insofern das Vorhandensein einer Beleidigung nicht aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter denen sie geschah, hervorgeht. Welches Gewicht hierbei auf das eheliche Verhältnis zu legen ist, unterliegt der thatsächlichen Beurteilung, die nach der im vorliegenden Fall in dieser Richtung bisher noch nicht erörterten besonderen Sachlage zu treffen ist.

Nr. 2326. III. Sen. 21. März 1881. III. 663. 80. Bd. 4, Nr. 104, S. 375.

Ehescheidung. Falsche Anschuldigung als Ehescheidungsgrund. (Gem. R.). In dem der Beklagten zur Last gelegten Vergehen der falschen Anschuldigung ihres

Ehemannes, des Klägers, ist in Anbetracht der besonderen Umstände des vorliegenden Falles unbedenklich ein Ehescheidungsgrund zu finden. Wenn eine wissentlich falsche Anschuldigung von einem Ehegatten gegen den anderen unter solchen Umständen begangen ist, daß dadurch für den verletzten Gatten die sittlichen Grundlagen der Ehe als unwiederbringlich zerstört erscheinen und ihm eine fernere Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft unmöglich zugemutet werden kann, so muß in diesem Vergehen nach den Grundsätzen des protestantischen Kirchenrechts ein Ehescheidungsgrund anerkannt werden.

Nr. 2327. III. Sen. 2. März 1880. III. 63. 79. Bd. 1, Nr. 120, S. 324.

Zeitige Freiheitsstrafe. (Gem. R.). Nach dem Geiste des protestantischen Eherechts ist es nicht gerechtfertigt, die von dem unschuldigen Ehegatten beantragte Scheidung der Ehe vom Bande auf den Fall zu beschränken, daß der schuldige Gatte eine lebenslängliche Freiheitsstrafe erleidet; unter der Herrschaft des gemeinen Rechts ist vielmehr die Scheidung auch bei einer nur zeitigen Freiheitsstrafe und zwar alsdann auszusprechen, wenn durch das Verschulden des Sträflings die Ehe thatsächlich getrennt, die Möglichkeit einer gedeihlichen Fortsetzung der ihrem Wesen nach die innigste Lebensgemeinschaft bedingenden Ehe einseitig zerstört worden ist. Ob diese Voraussetzung in einem bestimmten Falle vorhanden, darüber hat das richterliche Ermessen mit Rücksicht auf die Schwere der Strafthat, die Höhe der Strafe und sonstige Umstände zu befinden. Dem Gerichtsgebrauche, wonach nur lebenslängliche Freiheitsstrafe als Ehescheidungsgrund galt, ist keine die künftige Rechtsprechung bindende rechtserzeugende Wirkung beizulegen. Der Gerichtsgebrauch hat zwar früherhin durchgängig der strengeren Ansicht gehuldigt, solche aber seit Beginn des 19. Jahrhunderts fast überall verlassen. Nr. 2329. Nr. 2314. Nr. 2331. Nr. 2321.

Nr. 2328. I. Sen. 23. Juni 1881. I. 552. 81. Bd. 5, Nr. 47, S. 181.

Verurteilung zu Gefängnisstrafe wegen gewisser unsittlicher Handlungen als Ehescheidungsgrund. (Gem. R.). Als Ehescheidungsgrund ist geltend gemacht, daß der Beklagte wegen Versuches der Vornahme unzüchtiger Handlungen mit Mädchen unter 14 Jahren und wegen Erregung öffentlichen Ärgernisses durch unzüchtige Handlungen zu einer Gefängnisstrafe von acht Monaten verurteilt ist. Nach gemeinem deutschen protestantischen Kirchenrechte ist so wenig, wie der bloße Versuch eines Ehebruches, der Versuch der Vornahme unzüchtiger Handlungen (Nr. 2314. Nr. 2310) als solcher oder die Erregung öffentlichen Ärgernisses ein Ehescheidungsgrund. Es kann nur darauf ankommen, welche Bedeutung der wegen solcher Handlungen erfolgten Verurteilung zu einer achtmonatlichen Gefängnisstrafe zukommt. In dieser Hinsicht steht fest, daß gewohnheitsrechtlich die Verurteilung zu lebenslänglicher Verbannung oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe sowie zu anderen langwierigen und entehrenden Freiheitsstrafen dem Ehebruche und der böslichen Verlassung gleichgestellt worden sind, und zwar hauptsächlich auf Grund der Anschauung, daß die von dem verurteilten Ehegatten selbst durch ein Verbrechen verschuldete immerwährende oder langdauernde thatsächliche Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft der böslichen Verlassung gleich geachtet werden muß. Bei einer verhältnismäßig so geringfügigen Freiheitsstrafe von acht Monaten Gefängnis trifft die Analogie der böslichen Verlassung nicht zu.

Nr. 2329. III. Sen. 9. Februar 1883. III. 423. 82. Bd. 8, Nr. 40, S. 159.

Zeitliche Freiheitsstrafe als Ehescheidungsgrund. Revisibilität in Ehesachen. (Reichs- und gem. R.). Für die Revisionsinstanz steht zwar dasjenige fest, was der Berufungsrichter in betreff des Benehmens des einen Ehegatten gegen den anderen als bewiesen angenommen hat, dagegen ist das Urteil darüber, wie dies Benehmen

vom Standpunkte des Eherechts aus zu qualifizieren ist, insbesondere, ob es als ein solches anzusehen ist, das der Ehefrau einen rechtlich begründeten Einwand gegen die angestellte Klage an die Hand giebt, dem Revisionsgericht nicht entzogen. Nr. 2207. Der vorliegende Fall hat mehrfache Ähnlichkeiten mit der Ehestreitigkeit im Urteile vom 2. März 1880 (Nr. 2327), ist jedoch wesentlich von ihr verschieden, was Dauer, Strafart und damit verbundene Ehrenfolgen anbetrifft. Unter den vorliegenden Umständen würde damit, daß auch hier auf Trennung der Ehe dem Bande nach erkannt würde, eine Ausdehnung der bei der früheren Entscheidung aufgestellten Grundsätze im Sinne der Erleichterung von Ehescheidungen vorgenommen werden, eine solche Erleichterung aber würde den Tendenzen des protestantischen Eherechts nicht entsprechen. Es ist daher in der Sache selbst auf Abweisung der Ehescheidungsklage erkannt. Nr. 2314.

Nr. 2330. III. Sen. 29. Mai 1883. III. 28. 83. Bd. 11, Nr. 110, S. 412.

Ehesachen. §§ 259, 491, 512, 575, 592 C.P.O. Nach protestantischem Eherechte enthalten Sävitien des einen Ehegatten gegen den anderen einen Grund zur Trennung der Ehe vom Bande; es sind hierzu aber nur solche Mißhandlungen geeignet, welche das Leben oder doch die Gesundheit des Ehegatten gefährden. Ob und inwieweit solche Sävitien als vorhanden anzunehmen sind, insbesondere inwiefern aus den stattgehabten Mißhandlungen zu folgern sei, daß solche einen bleibenden Nachteil für die Gesundheit des mißhandelten Ehegatten herbeigeführt haben oder doch erfahrungsmäßig herbeiführen konnten oder mußten, ist an sich eine Thatfrage. In welcher Weise jedoch die vom Berufungsgericht festgestellten Thatsachen rechtlich zu qualifizieren sind, unterliegt der Nachprüfung und Würdigung des Revisionsgerichts. Nr. 2207. — Das Berufungsgericht hat unter Ablehnung der von der Klägerin beantragten weiteren Zeugenvernehmung die Klage abgewiesen. Die Nichterhebung dieses Zeugenbeweises würde die Revision begründen, wenn das angefochtene Urteil in dieser Richtung auf der Erwägung allein beruhte, daß die fraglichen Mißhandlungen dem Beklagten durch die ihm demnächst von der Klägerin gewährte Geschlechtsgemeinschaft verziehen worden seien. Denn es hat weder erwogen, ob diese Geschlechtsgemeinschaft eine freiwillige gewesen, noch ob das Gesamtverhalten des Beklagten zur Klägerin nicht ein solches gewesen, daß ihr die Fortsetzung der Ehe noch zuzumuten sei. Aber aus der weiteren Begründung des Urteils geht doch hervor, daß das Berufungsgericht die Klage selbst unter der Voraussetzung der Wahrheit aller von der Klägerin geltend gemachten Bedrohungen und Mißhandlungen zurückgewiesen haben würde. — Gemeinrechtlich war die Frage, ob der Richter auf Scheidung von Tisch und Bett für bestimmte Zeit erkennen dürfe, wenn der klagende Ehegatte allein die gänzliche Trennung des Ehebandes beantragt hatte, von jeher bestritten; nach der C.P.O. (§§ 575, 592) erscheinen aber beide Anträge, der auf Ehescheidung dem Bande nach und der auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett, als zwei verschiedene Richtungen eines und desselben Anspruches auf Ehescheidung, und es muß nicht nur die Verbindung beider Anträge in der Klage und die Nachbringung einer dieser Alternativen im Scheidungsprozesse zugelassen, sondern auch davon ausgegangen werden, daß, wenn nur auf Trennung der Ehe vom Bande geklagt ist und in den Verhandlungen sich zwar kein zureichender Grund hierfür, wohl aber für eine temporäre Trennung ergiebt, selbst von Amts wegen letztere auszusprechen ist. Nr. 2306.

Nr. 2331. I. Sen. 17. März 1884. I. 19. 84. Bd. 13, Nr. 46, S. 196.

Ehescheidung wegen Zuchthausstrafe. (Gem. R.). In dem Falle Nr. 2314 hatte nach anderweiter Verhandlung das Berufungsgericht in der wider den beklagten Ehemann erkannten zweijährigen Zuchthausstrafe einen ausreichenden Scheidungsgrund nicht gesehen. Auf die Revision der Klägerin ist die Ehe der Parteien geschieden und

der Beklagte für den allein schuldigen Teil erklärt. Nunmehr ist festgestellt, daß die Verurteilung des Angeklagten (Beklagten) wegen versuchten Verbrechens wider § 176 Nr. 2 St.G.B. zu der gedachten Zuchthausstrafe erfolgt ist unter Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf die Dauer von zwei Jahren, wobei als strafschärfend in Betracht gezogen ist, daß der ihm zur Last gelegte Versuch der Vollendung sehr nahe steht und daß der Angeklagte durch den Versuch der Ausführung eines derartigen Verbrechens eine ehrlose Gesinnung bewiesen hat. Die Bezugnahme des Berufungsrichters auf eine seit etwa 30 Jahren in Mecklenburg bestehende strengere Gerichtspraxis in Ehescheidungssachen ist für die Beurteilung der gegenwärtigen Rechtssache ohne Bedeutung. Die mecklenburgischen Lande gehören zum Gebiete des gemeinen protestantischen Eherechts, und daher ist letzteres in seiner Fortentwickelung, soweit nicht Partikularrecht in Frage steht, auch in Mecklenburg zur Anwendung zu bringen. Die in Frage stehende That enthält nun eine äußerst schwere Unsittlichkeit, von der angenommen werden muß, daß sie die Möglichkeit der durch die Ehe geforderten innigsten Lebensgemeinschaft zerstört. Nach den Grundsätzen des gemeinen protestantischen Eherechts ist dies ein genügender Ehescheidungsgrund für die Klägerin. Wenn der Berufungsrichter eine von dem Strafurteile durchaus abweichende thatsächliche Feststellung getroffen hat, wonach der Beklagte freiwillig von seinem Unternehmen nach Erkennung des Geisteszustandes der laesa zurückgetreten ist, so ist zwar richtig, daß für den Civilrichter das strafgerichtliche Urteil keine bindende Kraft hat. Der Richter irrt aber, wenn er durch eine solche Feststellung den fraglichen Ehescheidungsgrund beseitigen zu können glaubt. Denn nicht die That als solche ist der Ehescheidungsgrund, sondern die *bestrafte That*, und so wenig nach einem freisprechenden Urteile der andere Ehegatte die That, wegen deren die Freisprechung erfolgt ist, im Ehescheidungsprozesse als Scheidungsgrund geltend machen kann, so wenig kann der verurteilte Ehegatte die Scheidungsklage durch die Behauptung und den Nachweis entkräften, daß er unschuldig verurteilt worden sei. Nach der durch das frühere Revisionsurteil gegebenen Direktion hatte überdies der Berufungsrichter nur noch den Inhalt des Strafurteils festzustellen und zu erwägen, ob aus dem vom Strafrichter festgestellten Hergange der That aus irgend einem Grunde für den Beklagten eine mildere Auffassung zu gewinnen sei. § 528 Abs. 2 C.P.O. Nr. 2327. Nr. 2321.

Nr. 2332. II. Sen. 6. Oktober 1885. II. 349. 85. Bd. 15, Nr. 77, S. 313.

Verurteilung zu Zuchthausstrafe nach dem deutschen St.G.B. als Ehescheidungsgrund. Art. 232 code civil. (Rhein. R.). Der Begriff und das Wesen der peine infamante des Art. 232 code civil ist aus der zur Zeit der Einführung dieses Gesetzbuches in Frankreich geltenden Strafgesetzgebung zu schöpfen. Hiernach ist der dauernde Verlust aller staatsbürgerlichen Rechte, d. h. der Verlust der bürgerlichen Ehre überhaupt, die dégradation civique, das wesentliche Moment für den Charakter der strafrechtlichen Infamie, welche nach Art. 232 code civil die Ehescheidung begründet. Allerdings ist der Begriff der entehrenden Strafe, wie ihn Art. 232 a. a. O. voraussetzt, nicht unabänderlich fixiert, vielmehr jederzeit der Bestimmung des Gesetzgebers unterworfen. Das deutsche St.G.B. hat aber das System entehrender Strafen, von welchem aus noch das preußische St.G.B. mit der Zuchthausstrafe den Verlust der bürgerlichen Ehre verband, grundsätzlich abgelehnt und, wenn auch die Volksanschauung der Zuchthausstrafe einen entehrenden Charakter beilegt, so könnte diese, ihr Bestehen vorausgesetzt, doch nur dann in Betracht kommen, wenn sie, was nicht der Fall ist, vom Gesetzgeber sanktioniert wäre. Mit den veränderten Prinzipien des Strafgesetzes ist wenigstens für alle Fälle, in denen ein Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt nicht oder doch nur auf Zeit ausgesprochen wird, die Grundlage für die Anwendung des Art. 232 code civil weggefallen. Dadurch ist zwar eine als bedauerlich zu erachtende Lücke in das Gesetz gekommen, es steht aber lediglich dem Gesetzgeber zu, diese

Lücke auszufüllen und dem Art. 232 a. a. O. dadurch, daß er ihn dem System der Strafen des deutschen St.G.B. anpaßt, seine Anwendbarkeit wiederzugeben; für das richterliche Arbitrium dagegen ist hier kein Raum. In dem angegebenen Sinne ist auch für das Großherzogtum Baden und die Provinz Rheinhessen in den bezüglichen Einführungsgesetzen Vorsorge getroffen. Für die preußische Rheinprovinz besteht indessen eine derartige gesetzgeberische Bestimmung nicht.

Nr. 2333. IV. Sen. 25. Oktober 1894. IV. 114. 94. Bd. 34, Nr. 57, S. 234.

Berücksichtigung des Standes und der Lebensstellung der Eheleute bei dem Ehescheidungsgrunde des § 704, II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Das Berufungsurteil geht richtig davon aus, daß unter harter und schmählicher Zuchthaus- oder Festungsstrafe im § 704, II. 1 A.L.R. jede wegen grober Deliktsfälle verhängte Freiheitsstrafe zu verstehen sei, die nach Lage des konkreten Falles als hart und schmählich gelten müsse. Dieser Ehescheidungsgrund ist jedoch verworfen. Der dafür geltend gemachte Grund ist rechtsirrtümlich. Es ist dabei verkannt, daß, wie das Reichsgericht schon früher ausgesprochen hat, bei der Anwendung des § 704 a. a. O. die Prüfung darauf zu richten ist, welchen Einfluß die Strafthat und die erlittene Strafe auf das sittliche, bürgerliche und soziale Verhältnis der Eheleute und damit auf das innere Wesen der Ehe auszuüben geeignet sind. Das innere Wesen der Ehe ist aber von dem Stande und der Lebensstellung der Parteien unabhängig; es ist also verfehlt, aus der Lebensstellung der dem Arbeiterstande angehörenden Parteien herzuleiten, es würden in diesen Kreisen auch längere Gefängnisstrafen erfahrungsmäßig als nicht so schwerwiegend angesehen, daß deshalb dem Ehegatten des Bestraften das Zusammenleben mit ihm nicht zugemutet werden könnte, und so die Anwendung des § 704 a. a. O. darum abzulehnen, weil die Parteien dem Arbeiterstande angehören. Im vorliegenden Falle ist die beklagte Ehefrau, nachdem sie schon vorbestraft war, durch Urteil vom 23. Juli 1892 wegen einfachen Diebstahls im Rückfalle zu vier Monaten Gefängnis und schließlich durch Urteil vom 17. September 1892 wegen zweier einfacher Diebstähle und einer Unterschlagung sowie wegen des zuletzt erwähnten Diebstahls, dessen Strafe noch nicht verbüßt war, zu einer Gesamtstrafe von zwei Jahren Gefängnis verurteilt worden. Nun sind zwar mit Rücksicht auf den nicht bedeutenden Wert der gestohlenen Gegenstände, und weil diese teilweise restituiert worden, weil ferner die Vorstrafen zum Teil weit zurücklagen und nur gering waren, mildernde Umstände zugebilligt worden; dagegen hat der Strafrichter andere Umstände als straferschwerend in Betracht gezogen. Nach den Gründen des Strafurteils bildete gerade der eingewurzelte Hang der Beklagten zu Diebereien den für die Zumessung der Strafe maßgebenden straferschwerenden Grund, und damit ist zugleich die erkannte Strafe, welche die Beklagte erlitten hat, als eine vermöge dieser ehrlosen Gesinnung der Beklagten harte und schmähliche im Sinne des § 704 richtig charakterisiert. Der Gesetzgeber hat, wie die Entstehungsgeschichte des § 704 ergiebt, mit dieser Vorschrift beabsichtigt, „das feine Ehrgefühl dessen, der mit einem Verbrecher nicht zusammen leben wolle, zu schonen und ein solches Gefühl in der Nation zu erwecken". Von diesem Ehrbegriffe muß daher bei Anwendung des § 704 ausgegangen werden. Das Berufungsurteil ist wegen Verletzung der Rechtsnorm des § 704 aufgehoben, die Ehe der Parteien getrennt und die Beklagte für den allein schuldigen Teil erklärt.

Nr. 2334. IV. Sen. 15. Dezember 1887. IV. 225. 87. Bd. 20, Nr. 57, S. 251.

Begründung der einseitigen unüberwindlichen Abneigung. (Preuß. R.). Die einseitige unüberwindliche Abneigung muß, um als Ehescheidungsgrund gelten zu können, durch erhebliche Thatsachen motiviert sein. Wenn auch der § 718[a], II. 1 A.L.R. eine ausdrückliche Bestimmung hierüber nicht enthält, so fehlt es doch auch an jedem Grunde dafür, daß der Gesetzgeber, indem er das Erfordernis anderweiter gesetzmäßiger

Scheidungsgründe (§ 717 a. a. O.) für besonders geartete Fälle preisgab, den Richter habe ermächtigen wollen, von allen Rechtfertigungsgründen abzusehen und das bloße Bestehen einer einseitigen unüberwindlichen Abneigung als Ehescheidungsgrund gelten zu lassen. Eine laxere Handhabung dieses Scheidungsgrundes würde auch nach gegenwärtiger Anschauung der sittlichen Bedeutung der Ehe widerstreiten. Nr. 2208.

Nr. 2335. III. Sen. 2. Februar 1897. III. 360. 96. Bd. 38, Nr. 58, S. 218.

Nichtbeseitigung des Anspruches auf Scheidung wegen Verweigerung der ehelichen Pflicht dadurch, daß der schuldige Ehegatte sich im Laufe des Rechtsstreites zur Leistung der ehelichen Pflicht bereit erklärt. (Gem. R.). Nach gemeinem protestantischen Eherecht wird für den unschuldigen Teil der Anspruch auf Scheidung begründet, wenn der andere Teil die eheliche Pflicht andauernd ohne Grund verweigert hat und psychologische Zwangsmittel entweder erfolglos geblieben sind oder nach den Verhältnissen angenommen werden muß, daß sie erfolglos geblieben sein würden. Daß der schuldige Teil seine Weigerung auch noch im Laufe des Prozesses festhalte, ist kein Teil des Klagfundaments, und ebensowenig kann einer im Laufe des Prozesses ausgesprochenen Bereitwilligkeit die Wirkung der Aufhebung des erhobenen Anspruches beigemessen werden. Das Zurücktreten des beklagten Teils von seiner bisherigen Weigerung kann es unter Umständen zweifelhaft erscheinen lassen, ob in der That eine hartnäckige Verweigerung der Pflicht vorliegt; ergeben sich aber aus diesem Gesichtspunkt keine Bedenken und muß eine schon vor der Klagerhebung vorhandene hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht angenommen werden, so kann dem im Prozesse erfolgten Erbieten nicht die Wirkung der Wiederaufhebung des erworbenen Scheidungsanspruchs beigelegt werden. Ein gemeines Gewohnheitsrecht dieses Inhalts ist nicht nachweisbar und innere Gründe für die Annahme eines solchen Satzes sind nicht vorhanden. Die unmittelbare Anwendung der für die malitiosa desertio geltenden Rechtsgrundsätze verbietet sich von selbst und für die analoge Anwendung des Rechtssatzes, daß der Desertor durch Rückkehr die wegen böswilliger Verlassung erhobene Klage beseitigt, fehlt bei der grundsätzlichen Verschiedenheit des Scheidungsgrundes wegen böslicher Verlassung und des Scheidungsgrundes wegen Verweigerung der Pflicht die Gleichheit des Grundes.

Nr. 2336. IV. Sen. 10. März 1892. IV. 38. 92. Bd. 30, Nr. 55, S. 184.

Ehescheidungsprozeß gegen einen geisteskranken, aber nicht entmündigten, im Prozesse durch einen Pfleger vertretenen Ehegatten. § 698, II. 1 A.L.R. § 90 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. (Preuß. R.). Das Berufungsgericht geht davon aus, daß es gesetzlich unzulässig sei, eine Ehe auf Grund des § 698, II. 1 A.L.R. zu trennen, ohne daß der geisteskranke Ehegatte vor Zustellung der Ehescheidungsklage entmündigt worden ist. Das Reichsgericht hat bereits in dem Falle Nr. 2338 entschieden, daß zur Begründung der auf Wahnsinn gestützten Ehescheidungsklage die vorgängige Feststellung dieses Geisteszustandes im Wege des Entmündigungsverfahrens nicht erforderlich ist. Hieran ist festzuhalten. Mit dieser Auffassung befindet sich aber die Ausführung des Berufungsgerichts in Widerspruch, wonach mit Rücksicht auf § 70 Abs. 1, § 23 G.V.G. und § 593 Abs. 1 C.P.O. über die Frage der Geisteskrankheit nicht das Landgericht als Ehescheidungsgericht, sondern nur das Amtsgericht zu entscheiden haben soll. Ganz abgesehen davon, daß die Gerichte höherer Instanzen auch im Entmündigungsverfahren nach den §§ 604, 531 C.P.O. im Wege der sofortigen Beschwerde und nach den §§ 605, 606 a. a. O. im Wege der Anfechtungsklage mit der Frage befaßt werden können, ob eine Person geisteskrank (wahnsinnig, blödsinnig u. s. w.) ist, übersieht das Berufungsgericht, daß die §§ 593 ff. C.P.O. überhaupt nur die zum Zwecke der Entmündigung erfolgende Erklärung für geisteskrank zum Gegenstande haben. Daraus, daß für diesen Zweck in erster Linie die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet ist, folgt nicht, daß anderen Gerichten die Untersuchung

des Geisteszustandes dann entzogen sein soll, wenn an diesen Geisteszustand andere Rechtsfolgen als die der Entmündigung zu knüpfen sind. Das Gegenteil ergiebt sich vielmehr aus dem auch im Ehescheidungsprozesse geltenden Grundsatze der freien Beweiswürdigung und daraus, daß der gesamte für die Entscheidung in Betracht kommende Streitstoff der Beurteilung des Prozeßgerichts unterliegt. Auch der weiteren Annahme des Berufungsgerichts, daß die Beklagte in Ermangelung ihrer Entmündigung und ihrer Stellung unter Vormundschaft im vorliegenden Prozesse nicht gehörig vertreten sei, weil die Voraussetzungen für die Bestellung eines Pflegers nicht zuträfen, war nicht beizutreten. Das Berufungsgericht führt aus, daß ein Prozeß, der das eheliche Verhältnis aufzulösen bestimmt ist, nicht als eine „einzelne Angelegenheit" betrachtet werden dürfe, für die der § 90 V.O. die (hier angeordnete) Vertretung durch einen Pfleger gestatte. Es ist nicht anzuerkennen, daß die Vertretung im Ehescheidungsprozesse die Vertretung der ganzen Persönlichkeit des Mündels in sich schließt. Denn ebenso wie die Ehe nicht die sämtlichen persönlichen und vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten umfaßt, so bleiben dergleichen auch im Scheidungsprozesse und für dessen Wirkungen in mancher Hinsicht außer Frage. Wenn auch Person und Vermögen der Ehegatten im hohen Grade durch den Scheidungsprozeß betroffen werden, so wird hierdurch doch der Begriff der einzelnen Angelegenheit im Sinne des § 90 V.O. nicht berührt. Der Pfleger eines Geisteskranken für den Ehescheidungsprozeß hat, gleichviel welcher Scheidungsgrund geltend gemacht wird, keine weiteren Rechte und Pflichten als die, welche sich aus der Führung des Prozesses ergeben und doch zu ihr in unmittelbarer Beziehung stehen. In dem erwähnten Urteil des Reichsgerichts wird zwar bezüglich der Vertretung einer geisteskranken Partei im Ehescheidungsprozesse das Erfordernis der von der vorgängigen Entmündigung abhängigen Einleitung der Vormundschaft berührt, in dem damals entschiedenen Falle war aber der geisteskranken Partei vor der Anstellung des Ehescheidungsprozesses ein Vormund thatsächlich bestellt; infolgedessen konnte die Statthaftigkeit der Vertretung durch einen Pfleger in jenem Falle überhaupt nicht in Frage kommen, und es sollte daher auch gar nicht darüber entschieden werden.

Nr. 2337. III. Sen. 7. Juli 1882. III. 252. 82. Bd. 7, Nr. 50, S. 154.

Wahnsinn als Ehescheidungsgrund. (Gem. R.). Vom Standpunkte des gemeinen Rechtes ist auch heute noch im allgemeinen daran festzuhalten, daß in der Regel nur solche Gründe der Ehescheidung anzuerkennen sind, die in irgend welcher Analogie zum Ehebruche oder zur böslichen Verlassung stehen und darum irgend welches Verschulden von seiten des einen Ehegatten voraussetzen. Unverschuldeter Wahnsinn des Ehegatten ist daher kein Ehescheidungsgrund für den anderen.

Nr. 2338. IV. Sen. 12. Juli 1886. IV. 58. 86. Bd. 16, Nr. 55, S. 234.

Wahnsinn als Ehescheidungsgrund. (Preuß. R.). Wenn es auch in der Natur der Sache liegt, daß die Entmündigung wegen Geisteskrankheit der Anstellung der Scheidungsklage vorauszugehen hat, weil die Klage nicht füglich gegen eine vom Kläger als wahnsinnig bezeichnete Person durchgeführt werden kann und die Einleitung der Vormundschaft die vorgängige Entmündigung voraussetzt (§ 81 Nr. 1 der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1895), so fehlt es doch an jedem gesetzlichen Anhalte dafür, daß auch die Qualifizierung der festgestellten Geisteskrankheit (die Beklagte war durch Beschluß des Amtsgerichts rechtskräftig für blödsinnig im Sinne des § 28, I. 1 A.L.R. erklärt und deshalb entmündigt, und der Kläger behauptete im Scheidungsprozesse [§ 698, II. 1 A.L.R.], daß der Zustand der Beklagten der des Wahnsinnes sei) durch das die Entmündigung aussprechende Gericht für den Ehescheidungsprozeß dergestalt maßgebend sei, daß jeder Beweis einer anderen Beschaffenheit derselben ausgeschlossen wäre. Es war daher das Klagrecht auf Scheidung nicht

von der Voraussetzung abhängig, daß die Beklagte zuvor durch Urteil für wahnsinnig erklärt war. Nr. 2336.

Nr. 2339. IV. Sen. 18. Juni 1896. IV. 28. 96. Bd. 37, Nr. 92, S. 346.

Einwand der Verzeihung des geltend gemachten Ehescheidungsgrundes. Replik, daß die Verzeihung nicht ernstlich gemeint gewesen sei. § 720, II. 1, § 55, I. 4 A.L.R. (Preuß. R.). Auf die Klage der Ehefrau hat das Landgericht die Ehe der Parteien geschieden und den Ehemann für den schuldigen Teil erklärt. Zufolge der Berufung des Beklagten ist vom Oberlandesgericht abändernd die Endentscheidung von der Leistung eines der Klägerin auferlegten Eides abhängig gemacht. Dem mit der Revision gestellten Antrage des Beklagten auf unbedingte Abweisung der Klage hat das Reichsgericht stattgegeben. Die Klage ist auf die Behauptung gestützt, daß der Beklagte in der Nacht zum 3. Januar 1895 die Klägerin durch Faustschläge ins Gesicht und durch Ausreißen von Haaren mißhandelt habe. Das Berufungsgericht hat die Mißhandlung auf Grund des Beweisergebnisses für festgestellt erachtet und darin eine gesundheitsgefährliche Mißhandlung im Sinne des § 699, II. 1 A.L.R. erblickt. Diese Annahme giebt zu Bedenken keinen Anlaß. Vom Beklagten ist eingewendet, die Klägerin habe ihm die Mißhandlung am 6. Januar 1895 ausdrücklich verziehen. Der Hergang ist, wie die Klägerin zugestanden hat, der gewesen: Die Klägerin hat zum Beklagten geäußert, sie müßten sich, um weiterhin glücklich zu leben, Beide ändern, indem er nicht so viel trinken und sie nicht so heftig sein dürfe; sie hätten beide Schuld und wollten sich wieder vertragen und alles bisher Geschehene vergessen. Darauf hat sie weinend ihn geküßt und nochmals gebeten, es möge nichts Unangenehmes wieder vorkommen, er hat ihr dies zugesichert und sie ist demnächst aus freien Stücken in sein Bett gekommen, und auf ihre Bitte hat er den Beischlaf mit ihr vollzogen. Das Berufungsgericht sieht danach den Hergang für festgestellt an und hält dafür, daß darin eine rechtswirksame Verzeihung (§ 720, II. 1 A.L.R.) liegen würde. Auch diese Erwägung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Seitens der Klägerin ist jedoch geltend gemacht, es habe ihr bei dem Vorfalle die ernstliche Absicht der Aussöhnung gefehlt, indem sie nur aus Furcht vor weiteren Mißhandlungen, wie um sich das (am 7. Januar 1895 ausgeführte) Fortgehen vom Beklagten zu sichern, in der angegebenen Weise gehandelt habe. Dem entgegen hat der Beklagte über die Ernstlichkeit der Verzeihung der Klägerin den Eid zugeschoben, den diese angenommen hat. Vom Berufungsgericht ist erwogen, daß nach den äußeren Handlungen der Klägerin der Beklagte die Aussöhnung als erfolgt habe ansehen können und müssen, daß aber die Frage, ob solche Handlungen ernstlich gemeint seien, ein inneres Moment betreffe und als solches sich der Beurteilung durch Andere entziehe und daß es deshalb hier beim Mangel sonstiger Beweismittel auf den über den streitigen Seelenvorgang zugeschobenen Eid ankomme. Diese Ausführung ist von der Revision mit Grund bekämpft. Nach § 55, I. 4 A.L.R. ist der Erklärende mit dem Vorgeben, daß die Erklärung bloß zum Scheine erfolgt sei, nur dann zu hören, wenn die Richtigkeit des Vorgebens aus den Umständen klar erhellt, d. h. wenn die Nichternstlichkeit für denjenigen, gegen den die Erklärung abgegeben worden, äußerlich erkennbar gewesen ist. Ein von der äußeren Erklärung abweichender innerer Wille des Erklärenden, der keinen erkennbaren Ausdruck gefunden hat, muß daher als bloße Mentalreservation ohne rechtliche Beachtung bleiben. Nr. 163. Im jetzigen Rechtsfalle führt das Berufungsgericht selbst aus, der Beklagte habe nach den äußeren Handlungen der Klägerin mit Bezug auf den Aussöhnungshergang vom 6. Januar 1895 annehmen dürfen und müssen, daß die Aussöhnung ernstlich erfolgt sei, und es stellt nicht fest, daß Umstände vorlägen, aus denen der Beklagte einen auf Nichternstlichkeit der Verzeihung gerichteten Willen der Klägerin hätte erkennen können. Bei dieser Sachlage hatte die Behauptung der Klägerin, daß sie nur aus Furcht vor weiteren Mißhandlungen des Beklagten und zur Sicherung ihres Fortgehens in geschehener Weise

gehandelt habe, keinen Anspruch auf Berücksichtigung; und dies um so weniger, als ihr Verhalten, falls sie dem Ehemanne nur zum Scheine die Verzeihung gewährt hätte, auf eine Täuschung desselben hinauslaufen und daher wider das sittliche Fundament der Ehe verstoßen würde. Hiernach greift der Einwand der Verzeihung durch, und dies führt zur kostenpflichtigen Abweisung der Klägerin.

Nr. 2340. IV. Sen. 9. Juli 1891. IV. 134. 91. Bd. 28, Nr. 97, S. 407.

Zulässigkeit der Erhebung der Widerklage, wenn der Kläger im Verhandlungstermine nicht erscheint. Die Ehescheidungsklage ist der Beklagten am 25. April 1890 zugestellt, die Widerklage am 23. Oktober erhoben. Der Berufungsrichter nimmt an, daß dessenungeachtet die einjährige Frist des § 721, II. 1 A.L.R. gewahrt sei, weil nach Anstellung der Klage die Erhebung einer selbständigen Klage seitens der Beklagten unstatthaft gewesen, die Widerklage aber erst am 23. Oktober 1890 habe erhoben werden können, da der Kläger in den früheren Verhandlungsterminen am 2. Juni, 26. Juni und 22. September nicht erschienen war. Er geht also davon aus, daß die Erhebung der Widerklage bei dem Nichterscheinen des Klägers im Verhandlungstermine ausgeschlossen gewesen sei, und wenn dieser Auffassung beizutreten wäre, würde dem Berufungsrichter auch darin zu folgen sein, daß die Frist des § 721, II. 1 A.L.R. als gewahrt anzusehen wäre. Nr. 2347. Die Frage, ob die Anstellung der Widerklage durch die Anwesenheit des Klägers in dem Verhandlungstermine bedingt sei, ist zu verneinen. Das Reichsgericht hat hinsichtlich der Anschließung an die Revision ausgesprochen, daß solche zulässig ist, wenn der Revisionskläger im Termine zur Verhandlung über die Revision nicht erscheint, und der Revisionsbeklagte gegen ihn Versäumnisurteil beantragt. Nr. 3464. Die für diese Entscheidung als maßgebend erachteten Gesichtspunkte treffen auch auf die hier streitige Frage zu. Die Widerklage wird, ebenso wie die Anschließung an die Revision oder die Berufung, durch vorgängige Zustellung eines sie ankündigenden oder aussprechenden Schriftsatzes an den Gegner nur vorbereitet; die Erhebung der Widerklage mit der Wirkung der Rechtshängigkeit geschieht erst durch die Verlesung des Widerklagantrages in der mündlichen Verhandlung (§ 254 C.P.O.). Infolge dieser Anordnung wird aber die wirksame Anbringung der Widerklage nicht durch die Anwesenheit des Klägers in dem Verhandlungstermine bedingt. Die Erhebung der Widerklage setzt nur die Rechtshängigkeit der Klage voraus (§§ 33, 251, 252, 254 C.P.O.), und deshalb besteht das Recht zur Erhebung der Widerklage, solange nicht die Rechtshängigkeit der Klage (durch Zurücknahme, Verzicht, Urteil u. s. w.) aufgehoben ist. Ob der Beklagte dem nicht erschienenen Kläger gegenüber bei der Erhebung der Widerklage zum Antrage auf Erlaß des Versäumnisurteils in betreff derselben berechtigt ist, kann unerörtert bleiben; denn durch diese Frage wird die streitige Frage nicht unmittelbar berührt, und deshalb ist es für die Beurteilung der letzteren im vorliegenden Falle unerheblich, daß es sich hier um einen Ehescheidungsprozeß handelt, vergl. § 578 Abs. 4, 5 C.P.O. Die Beklagte ist hiernach im Verhandlungstermine am 2. Juni 1890, und wenn dies mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 578 Abs. 1 und 5 C.P.O. zweifelhaft erscheinen sollte, jedenfalls in dem Verhandlungstermine am 26. Juni und 22. September 1890 trotz des Ausbleibens des Klägers die Widerklage zu erheben in der Lage gewesen, und da sie diese Termine unbenutzt gelassen, die Widerklage vielmehr erst im Termine am 23. Oktober 1890 erhoben hat, müssen die von ihr gerügten Mißhandlungen, die sich im Juni oder Juli 1889 zugetragen haben, als verziehen angesehen werden (§§ 720, 721, II. 1 A.L.R.). Durch die Ankündigung der Widerklage in dem vorbereitenden Schriftsatze vom 13. Mai 1890 ist die Frist des § 721 a. a. O. nicht gewahrt. Das Gesetz erfordert, daß die Ehescheidungsursache innerhalb der festgesetzten Frist durch *Erhebung der Klage* oder wenigstens Beantragung des Sühneversuches, welcher letztere hier nicht in Betracht kommen kann (§ 574 Abs. 2 C.P.O.) gerügt werde. Nr. 2347. Nr. 3218.

Nr. 2341. III. Sen. 24. April 1894. III. 21. 94. Bd. 33, Nr. 53, S. 238.

Voraussetzungen des Wegfalls eines Ehescheidungsgrundes durch Ablauf der einjährigen Frist des § 721, II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Das Berufungsgericht verletzt den § 721, II. 1 A.L.R., wonach ein Ehevergehen nur während eines Jahres nach erlangter Kenntnis als Ehescheidungsursache gerügt werden kann. Das Gericht erkennt an, daß diese Frist abgelaufen sein, daher der Klage eine wirksame Einrede entgegenstehen würde, wenn nach dem Sinne des Gesetzes eine nur thatsächliche Trennung der Ehegatten den Ablauf der einjährigen Frist nicht hindert. Im Widerspruch mit Entscheidungen des IV. Civil-Senats des Reichsgerichts Nr. 2347 sucht es aber auszuführen, daß nach dem Gesetz im Fall thatsächlicher Trennung der Ehegatten die Vermutung der Verzeihung der Ehegatten nicht eintrete. Das erkennende Gericht tritt jedoch in vollem Umfange der Ansicht des IV. Civil-Senats bei, daß nur die Erhebung der Ehescheidungsklage oder die Beantragung des Sühneversuchs den Lauf der Frist des § 721 a. a. O. unterbreche. Es handelt sich hier nicht um eine aus den Thatsachen zu ziehende etwa durch Gegenbeweis zu widerlegende Vermutung des Verzeihungswillens, sondern das Gesetz stellt die einjährige Fortsetzung der Ehe unbedingt und unwiderleglich der ausdrücklichen Verzeihung gleich, ohne Rücksicht darauf, ob der Ehegatte in der Absicht zu verzeihen oder aus anderen Gründen die Ehe fortgesetzt hat. Da das Berufungsurteil auf diesem Rechtsirrtum beruht, mußte es zwar aufgehoben werden; doch ist seinen eventuellen Ausführungen beizutreten, daß die Frist des § 721 a. a. O. dann nicht abgelaufen ist, ja nicht einmal zu laufen begonnen hat, wenn die Beklagte von ihrem Manne in Fortsetzung ihrer Weigerung der ehelichen Pflicht sich fern hält. Die Entscheidungen des IV. Civil-Senats beziehen sich nur auf solche Ehescheidungsgründe, die, wie Ehebruch und Mißhandlungen, regelmäßig mit den einzelnen Vorfällen abgeschlossen sind, während im Falle der böslichen Verlassung unbedenklich anzunehmen ist, daß, solange dies stets aufs neue einen Ehescheidungsgrund begründende Verhalten dauert, die Frist nicht zu laufen beginnt. Die Versagung der ehelichen Pflicht steht zwischen beiden Arten. Sie dauert fort, wenn aus den Umständen auf den fortgesetzten Weigerungswillen als fortwirkende Ursache geschlossen werden kann; dagegen ist aus der Thatsache allein, daß die Beklagte ihren Mann verlassen hat, diese Richtung ihres Willens nicht mit Sicherheit erkennbar. Das Berufungsgericht stellt nun fest, daß das Fortgehen der Beklagten sich zeitlich an ihre wiederholte und halsstarrige Weigerung angeschlossen hat, und will hieraus, falls nicht die Beklagte einen anderen Grund nachweisen kann, die Überzeugung gewinnen, daß die Beklagte die gemeinschaftliche Wohnung nur deshalb verlassen habe, weil sie die bereits vorher bethätigte Versagung der ehelichen Pflicht durch gänzliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auch für die Zukunft bethätigen wollte. Diese Folgerung zeigt ebensowenig einen Rechtsirrtum wie die weitere, daß der Nachweis, der Kläger habe die Beklagte am Tage ihres Fortgehens aus dem Hause weggewiesen, jene Überzeugung hindern und vielmehr zu der Annahme führen würde, daß die Beklagte nicht freiwillig zum Zwecke der Fortsetzung ihrer Weigernng, sondern auf das bestimmte Verlangen des Klägers fortgegangen sei und daß dann wegen Ablaufs der einjährigen Frist dieser Klaggrund nicht mehr geltend gemacht werden könne.

Nr. 2342. II. Sen. 19. November 1889. II. 231. 89. Bd. 25, Nr. 72, S. 337.

Ehescheidung. Geltendmachung weiterer einer nach Anstellung der Klage stattgehabten Aussöhnung nachgefolgter Scheidungsgründe in der Berufungsinstanz. Art. 272, 273 code civil. §§ 574, 576 C.P.O. (Rhein. R.). Die Versöhnung im Sinne des Art. 272 code civil enthält zwar einen Verzicht auf den Scheidungsanspruch aus den mit der Versöhnung verziehenen Scheidnngsursachen, allein sie begründet nur eine sachliche Einrede und hat keine prozeßhindernde Wirkung (§ 247 C.P.O.). Die Einrede ist eine materiellrechtliche, welche zur Abweisung der auf die verziehenen Schei-

dungsgründe gestützten Klage führen kann, sie hat aber nicht die Wirkung des Verzichts des Klägers gegenüber dem Prozeßgericht und steht daher dem Gebrauche weiterer zulässiger Angriffs- und Verteidigungsmittel in dem anhängigen Rechtsstreite nicht entgegen. Im Sinne des Art. 246 code civil findet keine Vorverhandlung über die Einreden und keine Vorentscheidung über die Zulässigkeit der Klage mehr statt (§ 14 E.G. zur C.P.O.). Ob und in welchem Abschnitte des Verfahrens noch neue Klaggründe nachgeschoben werden können, ist nach den Bestimmungen der C.P.O. zu entscheiden und für Ehesachen ist § 574 C.P.O. maßgebend. Nr. 3671. Nr. 3655. Nr. 2322. Nr. 2347. Nr. 3679. Gemäß § 576 C.P.O. würden sogar alle Klaggründe, welche in dem früheren Rechtsstreite hätten geltend gemacht werden können, für eine weitere Klage verloren sein. Es durfte also ohne die Notwendigkeit, einen neuen Rechtsstreit einzuleiten, auf Grund der der Versöhnung nachgefolgten Beleidigungen die Scheidung ausgesprochen worden. Nach den Urteilsgründen hat das Berufungsgericht die Scheidung wegen der nach der Aussöhnung stattgehabten Beleidigungen, die es zwar für grobe erklärt, doch nur unter Hinzunahme der früheren Scheidungsthatsachen, von welchen die Klägerin unter Bezugnahme auf Art. 273 code civil zur Unterstützung Gebrauch gemacht hat, ausgesprochen. Dies ist für zulässig zu erachten. Die Einräumung der Befugnis, auf die verziehenen Scheidungsgründe zurückzugreifen, beruht lediglich darauf, daß den nach der Aussöhnung verübten abermaligen Verletzungen der durch die Ehe begründeten Verpflichtungen ein die Wirkung der Versöhnung beschränkender Einfluß beigelegt wird, wobei es nicht darauf ankommt, wann und in welchem Verfahren die neuen Thatsachen als Scheidungsgründe geltend gemacht werden. Wenn die der Versöhnung vorausgegangenen Scheidungsgründe selbst nach erfolgter Abweisung der Klage wieder aufleben können, muß dies ohne vorausgegangenes Urteil umsomehr stattfinden. Nr. 2344.

Nr. 2343. IV. Sen. 4. Oktober 1894. IV. 83. 94. Bd. 34, Nr. 44, S. 189.

Verzeihung eines Ehevergehens während des Ehescheidungsprozesses. (Preuß. R.). Der Berufungsrichter hat den Einwand hinsichtlich der noch in Frage stehenden Ehrenkränkung, die erst im Laufe des Prozesses erfolgt ist, verworfen, indem er angenommen hat, daß eine Verzeihung dieser Ehrenkränkung nur durch Zurücknahme der Klage Wirkung erlangt haben würde, bei gleichzeitiger Fortsetzung des auf Scheidung gerichteten Prozesses aber nicht ernstlich gemeint erscheinen könne. Dies ist nicht, wie die weiteren Ausführungen des Berufungsurteils erkennen lassen, dahin zu verstehen, daß die vom Kläger ausgesprochene Verzeihung thatsächlich nicht ernst gemeint gewesen sei. Der Berufungsrichter hat die Verzeihung rechtlich für wirkungslos angesehen, weil nicht auch die Klage zurückgenommen ist, und diese Auffassung steht mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats im Einklange. Bei der durch den vorliegenden Streitfall veranlaßten neuen Prüfung ist jedoch der Senat zu einer anderen Ansicht gelangt. Das frühere Urteil beruht wesentlich auf der Erwägung, daß, wenn der klagende Teil einmal vor dem Richter die Beleidigung gerügt und dessen Entscheidung darüber angerufen habe, aber ungeachtet der demnächst eingetretenen Aussöhnung den Prozeß fortgehen lasse, die Verzeihung nur als Ausdruck einer versöhnlichen Stimmung angesehen werden könne. Das Gesetz (§ 720, II. 1 A.L.R.) unterscheidet jedoch nicht zwischen den Fällen, in denen die Verzeihung vor oder nach der Klagerhebung stattgefunden hat, bestimmt vielmehr allgemein, daß eine einmal ausdrücklich verziehene Beleidigung in der Folge nicht weiter als Ehescheidungsursache gerügt werden könne; und diese Wortfassung steht der Annahme nicht entgegen, daß, wenn eine Ehescheidungsursache, die schon gerügt ist, ausdrücklich verziehen wird, ihre weitere Verfolgung ausgeschlossen ist. Es ist auch ein gesetzgeberischer Grund nicht erkennbar, weshalb eine dem Gesetz entsprechend erklärte Verzeihung nicht rechtswirksam sein sollte, weil die Scheidungsursache schon gerichtlich gerügt ist und nur die Klage nicht formell zurück-

genommen wird. Im Gegenteil widerstrebt es der sittlichen Natur der Ehe, daß ein Ehegatte, der ein zum Ehescheidungsgrunde geeignetes Ehevergehen als solches verziehen hat, dasselbe unter Nichtbeachtung der Verzeihung doch noch als Scheidungsursache sollte verwerten dürfen. Die Verzeihung im Sinne des § 720 a. a. O. wirkt als Entsagung auf das Recht, die Scheidung wegen des betreffenden Vergehens zu verlangen, und muß deshalb, auch wenn sie erst während des Scheidungsprozesses erfolgt ist, zur Klagabweisung führen. Die angefochtene Entscheidung beruht hiernach auf einer Rechtsnormverletzung.

Nr. 2344. II. Sen. 24. November 1891. II. 208. 91. Bd. 28, Nr. 89, S. 384.

Befugnis, für eine nach erfolgter Versöhnung der Eheleute wegen eines neuen Scheidungsgrundes erhobene Ehescheidungsklage von den früheren Scheidungsgründen Gebrauch zu machen. L.R. S. 273 des badischen L.R. (Rhein. R.). Die Vorschrift des L.R. S. 273 (Art. 273 code civil) geht dahin, daß in den beiden Fällen des L.R. S. 272 der auf Grund der Einrede der Versöhnung mit seinem Ehescheidungsbegehren abgewiesene Kläger gleichwohl wegen eines nach der Aussöhnung eingetretenen neuen Scheidungsgrundes wiederum eine Scheidungsklage anstellen und alsdann zu deren Unterstützung auch von den vorigen Gründen Gebrauch machen kann. Sind beide Klagen auf gleichartige Scheidungsgründe gestützt, so wird die hier zu erörternde Streitfrage kaum praktisch, wohl aber dann, wenn verschiedenartige Klaggründe vorliegen und der Scheidung auf den früheren Grund vom Gesetze besondere Wirkungen beigelegt sind. Dies ist gerade bei der Scheidung wegen Ehebruches der Fall, indem hier nach L.R. S. 298, an dessen Stelle die ähnliche Bestimmung des § 33 Nr. 5 des Personenstandgesetzes vom 6. Februar 1875 getreten ist, das Verbot der Ehe zwischen dem wegen Ehebruches Geschiedenen und seinem Mitschuldigen eintritt und nach § 172 St.G.B. gegen den schuldigen Ehegatten und dessen Mitschuldigen wegen Ehebruches Gefängnisstrafen erkannt werden können. Hier wird die Frage von Bedeutung, ob bei der neuen Klage der verziehene Ehebruch auch als Klaggrund oder nur zur Unterstützung des neuen Scheidungsgrundes verwertet werden kann. Gewiß kann auch eine frühere ungleichartige Ehescheidungsthatsache zur Unterstützung eines neuen Scheidungsgrundes geeignet sein. So können namentlich grobe Beleidigungen, die in nicht als Ehebruch zu charakterisierenden Verletzungen der ehelichen Treue gefunden werden, durch einen früheren Ehebruch eine solche Unterstützung erhalten, daß das Gericht erstere nunmehr als schwer genug erachten mag, um die Scheidung nach L.R. S. 231 auszusprechen. Der L.R. S. 273 hat aber nur die letztere weniger weit greifende Bedeutung. Die Wirkung der Aussöhnung wird durch L.R. S. 273 nur darin beschränkt, daß der beleidigte Ehegatte, der wegen einer neuen Ursache die Scheidungsklage erhebt, durch die frühere Aussöhnung nicht gehindert sein soll, die verziehenen Vergehen zur Unterstützung des Gewichts und des Beweises des neuen Grundes zu benutzen. Nur in diesem Sinne kann gesagt werden, daß die verziehenen Vergehen wieder aufleben und daß der beleidigte Ehegatte gegen die Wirkung der Aussöhnung wieder hergestellt werde. Nr. 2342. Auf eine größere Tragweite der Vorschrift des L.R. S. 273 kann auch nach der Natur der Versöhnung und des darin enthaltenen Verzichts nicht geschlossen werden. Es erscheint als dem Wesen der Ehe und auch der Erfahrung widersprechend, jede Verzeihung eines Ehevergehens als an die stillschweigende auflösende Bedingung geknüpft zu betrachten, daß der Beleidiger sich in aller Zukunft keiner als Scheidungsgrund geltenden Unbill wieder schuldig mache. Will man den Grund des Gesetzes in dieser Weise erläutern, so darf dies doch nicht dazu verleiten, auf Grund dieser Erläutung nunmehr das strenge Recht der Bedingungen anzuwenden und hieraus eine völlige Beseitigung der Versöhnung abzuleiten. Dem verzeihenden Ehegatten sollte nur das Recht gewährt werden, die größere Bedeutung der neuen Kränkungen als Rückfall geltend zu machen und zur Unterstützung des neuen Scheidungsgrundes auch

die durch Verzeihung ausgeschlossenen Thatsachen dem urteilenden Richter zu unterbreiten, um auf diese Weise die Scheidung zu erlangen, falls der Thatbestand des neuen Grundes in seiner Isolierung hierzu nicht vollständig ausreichen sollte. Hiernach konnte die eingewendete Verzeihung des Ehebruches des Beklagten nicht mit der Wirkung als beseitigt betrachtet werden, um trotzdem auf jenen Ehebruch hin die Scheidung auszusprechen.

Nr. 2345. IV. Sen. 26. Februar 1884. IV. 309. 93. Bd. 33, Nr. 45, S. 213.

Voraussetzungen für die Berücksichtigung eines verziehenen Ehevergehens im Ehescheidungsprozesse bei der Entscheidung über die Schuldfrage. (Preuß. R.) Das preußische Obertribunal hat ausgesprochen, daß Beleidigungen, die nach § 720, II. 1 A.L.R. verziehen oder nach § 721 das. als verziehen zu erachten sind und daher als Ehescheidungsursachen nicht ferner gerügt werden dürfen, bei der Entscheidung der Schuldfrage berücksichtigt werden können, und dieser Auffassung hat sich das Reichsgericht angeschlossen. Der Berufungsrichter hat jenen Rechtssatz nicht verkannt. Er geht aber davon aus, daß dem Satze nicht unbedingt und ohne Beachtung der Lage des einzelnen Falles Geltung zu geben sei, und erklärt seine Anwendung im vorliegenden Rechtsstreit mit Rücksicht auf die hier vorliegenden Umstände, insbesondere die Thatsache, daß seit dem angeblichen Ehebruch der Klägerin mehr als zwanzig Jahre verflossen sind, für ausgeschlossen. Nach seiner Ausführung würde eine gegenteilige Annahme für das Resultat des Rechtsstreits unverständlich erscheinen müssen, indem die Ehe wegen einer neuerlichen Bestrafung des Beklagten, dieser ist durch strafgerichtliches Urteil wegen schwerer Urkundenfälschung und Untreue in Verbindung mit Unterschlagung unter Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf fünf Jahre zu einem Jahre Gefängnis verurteilt, die Ehe ist auf Grund des § 704, II. 1 A.L.R. getrennt und die Schuldfrage entgegen dem Antrage des Beklagten dahin entschieden, daß dieser der allein schuldige Teil sei, getrennt werde, ein Übergewicht der Schuld aber auf seiten der Klägerin durch einen weit zurückliegenden Ehebruch begründet werden sollte. Dieser Standpunkt ist rechtlich nicht zu beanstanden. Es kommt auf das Verhalten der Eheleute während der Dauer der Ehe im allgemeinen und auf die sich daraus ergebende Feststellung an, ob beiden Teilen oder nur einem Teile, sei es allein oder überwiegend, die Schuld an der Zerrüttung des Ehebundes zur Last fällt. Haben sich beide Eheleute eines Vergehens schuldig gemacht, so muß vorweg die Annahme Raum gewinnen, daß, wenngleich das Vergehen des einen Ehegatten verziehen und die Ehescheidung nur wegen des Vergehens des anderen Ehegatten erfolgt, beide Teile durch ihr Verhalten auf die Lösung des ehelichen Verhältnisses hingewirkt haben. Dies setzt aber voraus, daß zwischen dem verziehenen Vergehen des eines Teiles und dem die Scheidung begründenden Verschulden des anderen Teiles eine wenn auch noch so entfernte Beziehung besteht. Ist jede Beziehung zwischen den beiderseitigen Vergehen für ausgeschlossen zu erachten, so kann folgerecht dem verziehenen Vergehen eine Bedeutung bei der Beurteilung der Schuldfrage nicht beigelegt werden. Inwieweit das Letztere zutrifft, hat der Richter in jedem einzelnen Falle nach Bewandtnis der obwaltenden Umstände zu prüfen. Die Rücksichtnahme auf den Zeitpunkt, wann das verziehene Vergehen begangen, ist jedenfalls an sich geeignet, die streitige Beurteilung zu beeinflussen, und deshalb fällt dem Berufungsrichter kein rechtlicher Verstoß zur Last, wenn er den angeblichen Ehebruch der Klägerin im Hinblick darauf, daß er mehr als zwanzig Jahre hinter dem jetzt zur Trennung der Ehe führenden Vergehen des Beklagten zurückliegt, bei der Entscheidung über die Schuldfrage unbeachtet gelassen hat.

Nr. 2346. IV. Sen. 25. Oktober 1894. IV. 115. 94. Bd. 34, Nr. 51, S. 210.

Voraussetzung der Wirksamkeit der Verzeihung im Falle des § 704, II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Die klagende Ehefrau hat die Trennung ihrer Ehe mit dem Beklagten

auf Grund des § 704, II. 1 A.L.R. beantragt, weil der Beklagte durch Urteil des Schwurgerichts in M. vom 31. Mai 1892 wegen Urkundenfälschung und Verleitung zum Meineide rechtskräftig zu einer Zuchthausstrafe verurteilt ist, die er zur Zeit in der Strafanstalt L. verbüßt. Die Abführung des Beklagten in diese Strafanstalt ist am 29. Juni 1892 erfolgt, nachdem er bis dahin seit seiner durch ein Rechtsmittel nicht angegriffenen Verurteilung in M. in Haft geblieben war. Bei der Überführung des Beklagten von M. nach L. hat zwischen den Parteien am 29. Juni 1892 auf dem Bahnhofe in M. eine Unterredung stattgefunden, bei der die Klägerin dem Beklagten auf dessen flehentliches Bitten schließlich erklärt hat, daß sie sich nicht scheiden lassen wolle. Seitens des Berufungsrichters ist der hierauf gestützte Einwand der ausdrücklichen Verzeihung für durchgreifend erachtet. Das Reichsgericht hat diese Entscheidung gebilligt. Der Berufungsrichter hat die Frage, ob eine Verzeihung zur Zeit jener Unterredung, also bevor der Beklagte die Räume des Zuchthauses betreten hatte, bereits rechtswirksam erklärt werden konnte, aus dem Grunde bejaht, weil der Strafantritt für den inhaftiert gebliebenen Beklagten (nach § 482 St.P.O.) vom Tage der am 7. Juni 1892 eingetretenen Rechtskraft des Strafurteils zu berechnen sei, während die fragliche Unterredung der Parteien erst später, also nach dem Strafantritt, stattgefunden habe. Offenbar geht der Berufungsrichter hierbei von der Ansicht aus, daß im Falle des § 704, II. 1 A.L.R. eine Verzeihung im Sinne des § 720 a. a. O. erst erfolgen könne, wenn das Recht zur Erhebung der Ehescheidungs**klage** durch die Erfüllung aller Voraussetzungen des § 704 a. a. O. entstanden sei, und daß deshalb eine **vor Antritt** der erkannten Strafe erklärte Verzeihung unwirksam gewesen sein würde. Derselbe Gesichtspunkt ist vom früheren preußischen Obertribunal in einem Falle zur Geltung gebracht worden, in dem der zu Zuchthausstrafe verurteilte Ehemann im Ehescheidungsprozesse eingewendet hatte, seine Ehefrau habe ihm, während er sich noch in Voruntersuchungshaft befunden, brieflich erklärt, sie wolle ihm seine Verbrechen vergeben und sich von ihm nicht scheiden lassen, selbst wenn er zu Zuchthaus verurteilt werden sollte. Auch der jetzt erkennende Senat hat sich in einem Urteil vom 15. Dezember 1879 in demselben Sinne ausgesprochen. Nach nochmaliger Prüfung ist dieser Standpunkt jedoch aufgegeben worden. Allerdings erscheint die Bestimmung des § 720 a. a. O. nicht anwendbar, wenn die Verzeihung bezüglich eines **noch nicht begangenen** Ehevergehens **im voraus** zugesichert wurde. Wenn aber der unschuldige Ehegatte, nachdem der andere Gatte ein grobes Verbrechen begangen hatte, wegen dessen er demnächst auch zu einer schmählichen Strafe verurteilt worden ist, dieserhalb eine ausdrückliche Verzeihung zwar vor der Verurteilung und Bestrafung, aber in der Erwartung des Eintritts dieser Folgen ausgesprochen hat, so kann diese Erklärung nicht für unwirksam erachtet werden, vielmehr muß in solchem Falle das Klagrecht verloren gehen. Zwar wird durch die Begehung des Verbrechens allein der Ehescheidungsgrund des § 704 a. a. O. noch nicht gegeben, aber die demnächst eintretende Verurteilung und Bestrafung des Verbrechers erscheinen nur als die weiteren von seinem Willen unabhängigen Folgen der Strafthat. Diese letztere bildet damit auch die Grundlage für das in § 704 a. a. O. vorgesehene Ehevergehen, und es steht deshalb der Annahme begrifflich nichts entgegen, daß die aus der verbrecherischen That und ihren weiteren Folgen sich ergebende Beleidigung des unschuldigen Teils von diesem bereits vor erfolgter Aburteilung des Verbrechens verziehen werden kann. Hieraus ergiebt sich auch für den vorliegenden Fall die rechtliche Wirksamkeit der festgestellten Verzeihung, zumal sie zu einer Zeit erfolgt ist, als der Beklagte bereits rechtskräftig verurteilt war. Es kann deshalb unerörtert bleiben, ob der Klägerin ein Recht zur Anstellung des Ehescheidungsprozesses bereits seit dem Eintritt der Rechtskraft des Strafurteils zustand oder ob ihr dies Klagrecht erst mit dem wirklichen Antritt der erkannten Zuchthausstrafe erwachsen sein würde.

Nr. 2347. IV. Sen. 5. April 1886. IV. 400. 84. Bd. 15, Nr. 68, S. 288.

Schuldfrage bei Ehescheidung wegen unüberwindlicher Abneigung. (Preuß. R.) Der Ehemann hat wegen böslicher Veranlassung auf Ehescheidung geklagt. Die beklagte Ehefrau hat behauptet, sich wegen wiederholter gesundheitsgefährlicher Mißhandlungen vom Ehemanne getrennt und eine unüberwindliche Abneigung gegen den Kläger gefaßt zu haben, und widerklagend beantragt, die Ehe zu trennen und den Ehemann für den allein schuldigen Teil zu erklären. Das Landgericht hat den Kläger mit seiner Klage abgewiesen, auf die Widerklage wegen unüberwindlicher Abneigung die Ehe getrennt, die Ehefrau aber für den allein schuldigen Teil erklärt. Nur die Ehefrau hat wegen der Schuldfrage die Berufung eingelegt und den Antrag, den Kläger für den allein schuldigen Teil zu erklären, auf die nach ihrer Behauptung schon in erster Instanz als Fundament der Widerklage vorgebrachten Sävitien gestützt. Der Berufungsrichter hat auf Grund der von ihm festgestellten, wenn auch für verziehen erachteten, gesundheitsgefährlichen Mißhandlungen ein Übergewicht der Schuld des Ehemannes gegenüber der die Ehefrau nach § 718 b, II. 1 A.L.R. treffenden Schuld angenommen und in Anwendung der §§ 747—749, II. 1 A.L.R. den Ehemann für den allein schuldigen Teil erklärt. Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen. Der § 574 C.P.O. ist ohne Unterscheidung zwischen der ersten und der zweiten Instanz, gleichviel ob Klage oder Widerklage vorliegt, gegeben. Nr. 3671. Der Berufungsrichter hat es daher mit Recht dahingestellt gelassen, ob die Widerklage schon in erster oder erst in der zweiten Instanz auf Sävitien gestützt worden ist. Der Berufungsrichter hat die gesundheitsgefährliche Mißhandlung der Beklagten seitens des Klägers thatsächlich festgestellt und sie zwar für verziehen erachtet, sie aber gegenüber der Schuld der Beklagten aus den §§ 718 a und 718 b, II. 1 A.L.R. für eine schwerere Verschuldung angesehen und deshalb den Kläger für den allein schuldigen Teil erklärt. Dieser Schlußfolgerung kann nicht beigetreten werden. Sie beruht auf der Gegenüberstellung der beide Teile treffenden Verschuldungen gemäß §§ 746—749, II. 1 A.L.R., wobei dem Kläger eine bereits verziehene Verschuldung angerechnet wird. Der Berufungsrichter läßt also die Scheidung aus § 718 a a. a. O. bestehen, er beseitigt den Ehescheidungsgrund der Sävitien und legt den letzteren eine Wirkung nur bezüglich der Schuldfrage bei. Dies ist nicht statthaft. Der § 718 b a. a. O. läßt die Gegenüberstellung oder Anrechnung einer Verschuldung des anderen Teiles nicht zu; er enthält nach Fassung und Inhalt ein Gebot zwingender Natur und stellt die Folge auf, welche unabwendbar mit der Anwendbarkeit des § 718 a eintritt. Der § 718 b bezeichnet aber auch ausdrücklich den Fall des § 718 a als einen solchen, in welchem die Scheidung ohne eigentlichen gesetzmäßigen Grund stattfindet. Beide Paragraphen haben zur Voraussetzung, daß die Scheidung nicht aus einer der in den §§ 670—715 a. a. O. angegebenen Ursachen ausgesprochen werden kann, und nur in dem Falle, daß diese Voraussetzung zutrifft, treten sie in Wirksamkeit. Wenn es sich um ihre Anwendung handelt, darf nur die Frage aufgeworfen werden, ob eine andere Ursache vorliegt, die Scheidung auszusprechen, und da für diese Frage ein Umstand, welcher nur auf die Regelung der Schuldfrage von Einfluß sein kann, ohne jede Bedeutung ist, so wird die Anwendung des § 718 a und damit auch zugleich des § 718 b nur durch eine andere Scheidungsursache ausgeschlossen, welche für sich genügt und in Wirklichkeit den Richter bestimmt, die Scheidung auszusprechen. Eine verziehene Verschuldung kann nicht die Scheidung herbeiführen; sie steht daher der Anwendung des § 718 a nicht entgegen und verhindert ebensowenig die Anwendung des vom § 718 a untrennbaren § 718 b. Der festgestellte Sachverhalt läßt indessen die angefochtene Entscheidung aus anderen Gründen gerechtfertigt erscheinen. Der Berufungsrichter stellt die von der Beklagten behaupteten gesundheitsgefährlichen Mißhandlungen im Sinne des § 699, II. 1 A.L.R., wovon die letzte sich am 26. Oktober 1882 kurz vor der Entfernung der Beklagten ereignet hatte, fest. Im Sinne des § 721, II. 1 A.L.R. gilt allein die Klagerhebung als Nichtfort-

setzung der Ehe. Im vorliegenden Falle ist allerdings zwischen der Mißhandlung vom 26. Oktober 1882 und der Zustellung der Widerklagschrift im November 1883 ein längerer Zeitraum als ein Jahr verstrichen; indessen ist der letztgedachte Zeitpunkt nach der jetzigen Prozeßordnung bedeutungslos. Die Beklagte ist bei der Natur des Gegenstandes des Ehescheidungsprozesses, da zwei getrennte Prozesse über diesen Gegenstand nicht gleichzeitig nebeneinander bestehen können, nach der am 23. Oktober 1883 erfolgten Zustellung der Klage nicht mehr imstande gewesen, eine selbständige Klage zu erheben, und hat ihrerseits die Scheidung nur im Wege der Widerklage erheben dürfen. Sie hat durch Erhebung der Widerklage im ersten mündlichen Verhandlungstermine (§§ 235, 254 C.P.O.) die einjährige Frist gewahrt, indem diese bis zu demjenigen Zeitpunkte erstreckt werden muß, in welchem zuerst die Möglichkeit vorgelegen hat, die Widerklage rechtshängig zu machen. Demnach war für die Beklagte das Recht gewahrt, im Laufe des Prozesses die ihr zugefügten Mißhandlungen zu rügen. Es folgt hieraus, daß der Widerklagantrag durch die festgestellten Sävitien nach den §§ 699, 745 a. a. O. als begründet angesehen werden muß und daß von dem Fundamente der §§ 718[a], 718[b] a. a. O. gänzlich abzusehen ist. Nr. 2342. Nr. 3679. Nr. 2340. Nr. 3663. Nr. 2341.

Rechtliche Folgen der Eingehung einer zweiten Ehe und der Ehescheidung.

Nr. 2348. VI. Sen. 26. November 1896. VI. 173. 96. Bd. 38, Nr. 52, S. 196.

Örtliches Recht für die besonderen vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung. (Gem. R.). Nachdem durch ein Urteil des Landgerichts in Stettin, in dessen Bezirk zur Zeit der Erhebung der Ehescheidungsklage der Beklagte in G. bei Stettin gewohnt hatte, die Ehe der Parteien geschieden und der Beklagte für den schuldigen Teil erklärt war, hat die Klägerin auf Grund des preußischen A.L.R. den Beklagten bei dem Landgericht in Hamburg auf Zahlung lebenslänglicher Alimente belangt und das Berufungsgericht hat diesen Anspruch für begründet erklärt und zwar gleichfalls lediglich auf Grund des nach seiner Meinung für den vorliegenden Fall maßgebenden preußischen A.L.R. Ob dies Recht hier vom Berufungsgerichte richtig verstanden und angewandt ist, entzieht sich der Nachprüfung in der Revisionsinstanz, weil es innerhalb des Bezirkes des hanseatischen Oberlandesgerichts nirgends gilt. Da nun auch dem Oberlandesgericht in Übereinstimmung mit den Entscheidungen des III. Senats des Reichsgerichts Nr. 2353. Nr. 2359. Nr. 2352 trotz der entgegenstehenden Ansicht von Dernburg, Pandekten Bd. 3 (Aufl. 4), § 26, S. 50 ff., insbesondere Anm. 8, darin beizutreten ist, daß nach gemeinem deutschen Recht eine Verpflichtung des schuldigen geschiedenen Ehemannes, seiner früheren Ehefrau standesmäßigen Unterhalt zu verschaffen, nicht anerkannt werden kann, und da ferner prozessuale Verstöße des Berufungsgerichts im vorliegenden Falle weder gerügt noch ersichtlich sind, so dreht sich die Entscheidung dieser Sache um die Frage, ob das preußische A.L.R. als das in G. bei Stettin geltende Recht nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts über das örtliche Geltungsgebiet der Rechtsnormen hier in der That anzuwenden war oder ob das in Hamburg geltende gemeine Recht zur Grundlage der Entscheidung hätte genommen werden sollen. Das Letztere ist von dem Beklagten zunächst aus dem Grunde verlangt worden, weil das erste eheliche Domizil, nach dessen örtlichem Rechte der Güterstand der Ehegatten als solcher in rechtlicher Beziehung sich überhaupt bestimme und welches hier unbestritten Hamburg gewesen ist, auch für die besonderen vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung maßgebend sein müsse. Hierfür läßt sich jedoch überhaupt kein äußerer oder innerer Grund ausfindig machen. Zweifelhaft könnte höchstens die Frage sein, ob nicht, wie der Beklagte sodann geltend gemacht hat, die vermögensrechtlichen Folgen nach dem Rechte desjenigen Ortes zu bestimmen seien, dessen Recht überhaupt in dem erheblichen Zeitpunkte für die persönlichen Rechtsverhältnisse der Ehegatten maßgebend war, also nach gemeinem deutschen Rechte des-

jenigen Ortes, wo der Mann zu der Zeit, als das Ehescheidungsurteil rechtskräftig wurde, seinen Wohnsitz hatte, welcher Ort nach seiner Behauptung hier ebenfalls Hamburg gewesen sein soll. Auf dem Boden des preußischen A.L.R. hat sich für diese Ansicht der IV. Senat des Reichsgerichts ausgesprochen, Nr. 2349. Nr. 2355; auch ist sie, ohne Beschränkung auf das Gebiet des preußischen L.R., sonst noch gebilligt. Dennoch ist wegen des inneren Zusammenhanges, der zwischen der Ehescheidung und den sogen. privatrechtlichen Ehescheidungsstrafen besteht, der Ansicht der Vorzug zu geben, wonach die letzteren nach dem Rechte desjenigen Ortes zu bestimmen sind, dessen Recht die Grundlage für die auf Grund der Schuld des zu bestrafenden Ehegatten ausgesprochene Ehescheidung gebildet hat. Dies ist auch wohl die eigentliche Meinung des Berufungsgerichts, wenngleich im angefochtenen Urteile für maßgebend erklärt ist das Recht desjenigen Ortes, der „für die Begründung des ausschließlichen Gerichtsstandes für den Ehescheidungsprozeß maßgebend war". Es ist klar, daß nicht mit Notwendigkeit in allen Fällen dies derselbe Ort sein muß, nach dessen Recht die Ehescheidung ausgesprochen wird, z. B. dann nicht, wenn für diese das Recht desjenigen Staates, dem der Ehemann angehört, zu Grunde gelegt wird. Soweit nun hiernach sich eine Differenz ergeben sollte, könnte allerdings die Formulierung des Oberlandesgerichts nicht gebilligt werden. Im vorliegenden Falle würde aber jedenfalls die angefochtene Entscheidung auf Grund der richtig formulierten Norm aufrecht zu halten sein, da hier eine Differenz der bezeichneten Art nicht in Frage kommt. Einer vorgängigen Verweisung der Rechtsfrage an die vereinigten Civilsenate nach Maßgabe des § 137 Abs. 1 G.V.G. bedurfte es nicht, da durch die angeführte Entscheidung des IV. Senates das gemeine Recht formell eben nicht berührt wird.

Nr. 2349. IV. Sen. 27. Mai 1881. IV. 29. 81. Bd. 5, Nr. 54, S. 193.

Statutenkollision. (Preuß. R.). Durch die Ehescheidung wird eine Veränderung in den Zustandsverhältnissen der Eheleute hervorgebracht und ihre Wirkungen sowohl hinsichtlich der Lösung vom Bande als hinsichtlich der vermögensrechtlichen Folgen sind mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils, also im vorliegenden Falle zu einer Zeit eingetreten, als die Parteien ihren Wohnsitz in Breslau hatten. Mithin sind gemäß § 23 Einl. zum A.L.R. die vermögensrechtlichen Wirkungen der Scheidung für die Parteien nach preußischen Gesetzen zu beurteilen. Unrichtig ist die Ansicht, daß die vermögensrechtlichen Wirkungen der Scheidung auf den Zeitpunkt der Klagzustellung oder Litiskontestation im Scheidungsprozesse zurückzubeziehen sind, in welchem Falle hier, da damals die Parteien noch in Dresden wohnten, die sächsischen Gesetze anwendbar sein würden. Der gedachte Zeitpunkt entscheidet darüber, ob und in welchem Umfange dem Kläger das streitige Recht zusteht; sein Einfluß beschränkt sich also auf das eigentliche im Streit befangene Recht und setzt voraus, daß dasselbe dem Kläger bereits zur Zeit der Litiskontestation zugestanden hat. Aber der Streitgegenstand des gegenwärtigen Prozesses ist die von der Klägerin beanspruchte Ehescheidungsstrafe, weil in dem in Sachsen entschiedenen Vorprozesse die Trennung der Ehe wegen eines vom Beklagten begangenen Ehebruches ausgesprochen ist. — Das sächsische Gericht hat sich gemäß der Vorschriften der sächsischen Landesgesetze des gleichzeitigen Ausspruches über die Schuldfrage enthalten und die hierüber nach § 745, II. 1 A.L.R. im Scheidungsurteil zu treffende Festsetzung liegt nicht vor, kann auch vom Ehegericht nicht nachgeholt werden. Die Erledigung der Schuldfrage ist bei dieser Sachlage im gegenwärtigen Prozesse nicht unzulässig. Der § 745 a. a. O. enthält eine prozessualische Anweisung nur für den inländischen Richter, und es ist nicht anzunehmen, daß seine nach dem maßgebenden Prozeßgesetz durchaus gerechtfertigte Nichtbefolgung durch das auswärtige Ehegericht einen materiellen Rechtsverlust zur Folge hat, so daß die Klägerin befugt erscheint, auch außerhalb des Scheidungsprozesses die Schuld des Beklagten geltend zu machen und auf Grund dessen die gesetzliche Abfindung nach den §§ 783 ff.

II. 1 A.L.R. zu fordern. Weder der Klagantrag noch der richterliche Ausspruch braucht ausdrücklich auf die Schuldigerklärung des Beklagten gerichtet zu sein, und es genügt, wenn die Schuld des Beklagten wie jedes andere Klagfundament bei der Instruktion des Prozesses bewiesen wird. Nr. 2364. Nr. 2348.

Nr. 2350. III. Sen. 6. Mai 1881. III. 318. 80. Bd. 4, Nr. 37, S. 129.

Nachteile der zweiten Ehe. (Gem. R.). Die Vorschrift in der Nov. 22 cap. 46 § 2, wodurch die zur zweiten Ehe schreitende Frau hinsichtlich des Erbrechts in das Vermögen ihrer Kinder aus erster Ehe beschränkt wird, gilt nicht auch für den zur zweiten Ehe schreitenden Mann. Wenn Justinian in der Nov. 22 cap. 46 das Erbrecht der Mutter unter bestimmten Voraussetzungen schmälert, so schafft er damit ein jus singulare, das ach allgemeinen Rechtsgrundsätzen strikt interpretiert werden muß.

Nr. 2351. III. Sen. 26. November 1895. III. 355. 95. Bd. 36, Nr. 49, S. 200.

Nichtwirksamkeit der letztwilligen Anordnung eines Ehegatten, wodurch er dem anderen die Vermögensnachteile der Wiederverheiratung erläßt. (Gem. R.). Der hier in Betracht kommende zwischen den Eheleuten K. geschlossene Erbvertrag verpflichtet den überlebenden Ehegatten für den Fall der Wiederverheiratung nur zu einer Zahlung von 6000 Mk. an die Kinder erster Ehe, schließt also den Eintritt der gesetzlichen Nachteile aus. Es steht daher zur Frage, ob der zuerst versterbende Ehegatte dem überlebenden die gesetzlichen Vermögensnachteile der Wiederverheiratung letztwillig erlassen kann. Mit Recht ist in den Vorinstanzen in Übereinstimmung mit der überwiegenden Mehrheit der gemeinrechtlichen Schriftsteller diese Frage verneint. Die sogen. poenae secundarum nuptiarum haben ihren Grund nicht bloß in der Mißbilligung einer neuen Ehe seitens der christlichen Kaiserzeit, sondern in erster Stelle in der bei der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten für geboten erachteten Fürsorge für die Kinder erster Ehe. Hätte nun der Gesetzgeber gleichwohl dem zuerst versterbenden Ehegatten die Befugnis eingeräumt, dem überlebenden Ehegatten die Vermögensnachteile der Wiederverheiratung zu erlassen und damit nach seiner Willkür die zum Wohle der Kinder getroffenen Vorschriften zu beseitigen, so würde er allerdings mit sich selbst in Widerspruch geraten sein. Man muß daher für die Annahme der Remissionsbefugnis einen klaren unzweideutigen gesetzlichen Ausspruch fordern. Die Verteidiger der Befugnis können sich aber nur auf die Worte der Nov. 22 cap. 2 § 1: nec aliquid contra universales leges ordinaverit, tunc haec nobis lex posita sit berufen und diese Worte lassen keineswegs mit Sicherheit erkennen, daß der Gesetzgeber das Testament über das Gesetz habe stellen wollen. Er kann mit jener Wendung auch sehr wohl auf Verfügungen des Erblassers hingewiesen haben, die nicht mit allgemeinen Gesetzen in Widerspruch stehen; und schon die Möglichkeit dieser Auslegung genügt, um die Stelle als unzureichend für die Annahme der Remissionsbefugnis erscheinen zu lassen. Steht aber dem zuerst versterbenden Ehegatten der Erlaß der teils in Präceptiv-, teils in Prohibitivgesetzen angeordneten Vermögensnachteile nicht zu, so kann ihm auch nicht die Befugnis eingeräumt werden, über die Ausführung der gesetzlichen Bestimmungen Verfügungen zu treffen oder anzuordnen, daß die gesetzlichen Vermögensnachteile gegen Zahlung einer bestimmten Summe nicht eintreten sollen.

Nr. 2352. III. Sen. 20. Juni 1890. III. 94. 90. Bd. 26, Nr. 35, S. 193.

Alimentationspflicht des schuldigen Ehegatten gegenüber seiner geschiedenen Ehefrau. Bildung eines partikulären Gewohnheitsrechts. (Gem. R.). Den angeblichen Rechtssatz, daß der als schuldiger Teil anzusehende Ehemann seine geschiedene unschuldige, aber bedürftige Ehefrau bis zu ihrer etwaigen Wiederverheiratung zu alimentieren habe, stützt der Berufungsrichter auf ein *durch die Praxis begründetes Gewohnheitsrecht*. Er geht zunächst davon aus, daß der Satz als ein gemeinrechtlicher zu gelten habe. Dieser Ausgangspunkt ist in der Allgemeinheit, wie er hier genommen,

nicht richtig und keinesfalls für einen Fall wie den vorliegenden anzuerkennen, vielmehr ist umgekehrt davon auszugehen, daß das gemeine Recht als solches ein einheitliches ist und da, wo sich in einzelnen Teilen seines Gebietes Abweichungen gewohnheitsrechtlich fixieren, dieselben nur den Charakter partikularrechtlicher Normen haben können. Das Reichsgericht ist dabei stehen geblieben, daß der vom Berufungsrichter angenommene Satz nicht als ein durch die gemeinrechtliche Praxis im Gegensatze zum römischen Rechte und ohne genügende Stütze im kanonischen Rechte geschaffener Rechtssatz gelten kann. Nr. 2353. Nr. 2348. Auch die Annahme, daß dem Satze als einem partikularrechtlichen wenigstens für die Provinz Hannover Geltung zuzusprechen sei, ist mit den Grundsätzen über die Bildung eines Gewohnheitsrechtes, insbesondere eines partikularen Gewohnheitsrechtes, wie es das vorausgesetzte sein müßte, nicht vereinbar. Entscheidend ist, daß weder aus den Urteilen der Gerichte noch aus den Ausführungen der Schriftsteller irgendwie ersichtlich ist, daß man gemeint gewesen ist, einen gerade in den hannoverschen Landen geltenden, vom gemeinen Recht unabhängigen oder wohl gar mit ihm in Widerspruch tretenden Rechtssatz in Übung zu haben und in Anwendung zu bringen. Immer und überall hat man geglaubt, sich in der Sphäre des (vermeintlich richtig verstandenen) gemeinen Rechts zu halten. In dieser Weise kann ein partikulares Gewohnheitsrecht nicht erwachsen.

Nr. 2353. III. Sen. 13. März 1883. III. 439. 82. Bd. 8, Nr. 48, S. 184.

Alimentationspflicht des bei der Scheidung als schuldigen Teil erklärten Ehemannes und Vaters. (Gem. R.). Der Ehemann kann den Anspruch von Frau und Kindern auf standesmäßigen Unterhalt nicht mit der Behauptung zurückweisen, daß er seine Vermögens- und Arbeitsrente für sich selbst bedürfe. Denn seine Verpflichtung entspringt nicht allein aus dem Verhältnisse der Verwandtschaft, wo das Vermögen des Pflichtigen die regelmäßige Voraussetzung der Alimentationspflicht bildet, sondern sie beruht auf der Stellung des Ehegatten als Haupt des Hauses und als Vorstand des Haushalts, hat darum aber auch das Bestehen der Ehe zu ihrer Voraussetzung. Rücksichtlich des Kindes ändert sich hierin nichts durch die Scheidung der Eltern, selbst dann nicht, wenn dem Vater als schuldigem Teil die Erziehung entzogen ist, es sei denn, daß der Vater unvermögend, die Mutter aber vermögend wäre. Nov. 117 cap. 7. Voraussetzung dabei ist aber, daß das Kind noch keinen selbständigen Haushalt gegründet hat, sondern noch der elterlichen Erziehung und Verpflegung bedarf. Was die Verpflichtung gegenüber der Frau betrifft, so hört nach römischem Recht die Alimentationsverbindlichkeit mit der Scheidung der Ehe auf. In der Bestimmung des kanonischen Rechts (can. 18 C. XXXII. qu. 7) ist die Anwendung eines allgemeinen Prinzips nicht enthalten, vielmehr giebt sie sich selbst als eine singuläre Begünstigung der kränklichen nur wegen Unfähigkeit zum Beischlafe geschiedenen Ehefrau, die ihr zu teil wird mit Rücksicht auf die Härte der Ehetrennung in solchem Falle. Eine Erweiterung eines solchen singulären Satzes auf alle Fälle der Ehescheidung ist ungerechtfertigt. Ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht zu Gunsten der Ehefrau ist nicht anzunehmen. Den Grund der Alimentationspflicht des Ehemannes bildet die Ehe, und mit dem Wegfalle dieser muß jene aufhören. Ihr Fortbestehen würde sich daher nur aus dem Gesichtspunkte der Entschädigungspflicht des Ehemannes als desjenigen, durch dessen Schuld die Scheidung herbeigeführt worden ist, rechtfertigen lassen. Der Ehemann trägt die Schuld an der Scheidung indessen nur insofern, als er der Frau gerechten Anlaß zur Erhebung der Klage gegeben hat, und nur in diesem Sinne behandelt ihn das Recht als schuldigen Teil (Nov. 117 cap. 9). Es knüpft hieran aber nur gewisse Vermögensverluste zu Gunsten der Frau, die augenscheinlich einen Ersatz für die ihr aus der Scheidung erwachsenden Nachteile im ganzen bezwecken, so daß die Annahme ausgeschlossen wird, daß das Gesetz auch eine eventuelle Ersatzpflicht für den entgangenen Unterhalt aufzuerlegen beabsichtigt hätte. Partikularrechtlich ist die Frage

verschieden geregelt. §§ 798 ff. II. 1 A.L.R., § 30 des Sonderhäuser Ehegesetzes vom 30. August 1845, § 274 des Altenburger Ehegesetzes von 1837, § 160 des Gothaischen Ehemandats von 1834, § 1750 des sächsischen B.G.B. Nr. 2359. Nr. 2352. Nr. 2348.

Nr. 2354. III. Sen. 25. Oktober 1892. III. 157. 92. Bd. 30, Nr. 39, S. 125.

Einfluß des Vorhandenseins von Vorbehaltsgut der Ehefrau auf den Umfang der Unterhaltspflicht des Ehemannes bei Trennung von Tisch und Bett. (Gem. R.). Dem ersten Urteil ist das Prinzip zu entnehmen, daß die dem Ehemanne gegenüber der Ehefrau obliegende Unterhaltspflicht für die Zeit der Trennung von Tisch und Bett nur die Fortsetzung der dem Ehemanne während bestehender ehelicher Gütergemeinschaft obliegenden Unterhaltspflicht ist und nur denjenigen Modifikationen unterliegt, die aus dem künftigen Getrenntleben der Ehegatten sich ergeben. Mit diesem Prinzip würde eine Übertragung der Unterhaltslast auf vorbehaltenes Vermögen der Ehefrau, das bei bestehender ehelicher Gemeinschaft von der Last nicht getroffen wurde, nicht harmonieren. Das gedachte Prinzip entspricht dem Wesen der Trennung von Tisch und Bett. Nach gemeinem protestantischen Kirchenrecht bildet die zeitweise Trennung von Tisch und Bett ein Mittel zum Versuche der Aussöhnung der Eheleute. Nr. 2308. Abgesehen von dem Einflusse der angeordneten Maßregel auf die Lebensführung der Eheleute dauern alle Wirkungen der Ehe fort. Zu den Wirkungen der Ehe gehört auch die gesetzliche Unterhaltspflicht des Mannes, die in Unterscheidung von anderen gesetzlichen Unterhaltspflichten nicht durch die Bedürftigkeit der Frau bedingt wird, da sie auf der Pflicht des Mannes, die ehelichen Lasten allein zu tragen, und nicht wie die Unterhaltspflicht der Verwandten auf einer sittlichen Pflicht beruht, im Falle der Not einander beizustehen. In normalen Verhältnissen hat die Frau das Recht auf Gewährung des Unterhalts in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise. Diese Art der Gewährung des Unterhaltes wird bei der Trennung von Tisch und Bett ausgeschlossen. Es wird also eine Umwandlung der Art der Gewährung des Unterhalts notwendig, die den veränderten Verhältnissen Rechnung trägt, im übrigen aber den bisherigen Umfang und den bisherigen Inhalt der Verbindlichkeit zu berücksichtigen hat. Die Frage, ob die Frau ihre Rechte auf Gewährung des Unterhaltes voll behält, auch wenn sie für den schuldigen Teil erklärt worden ist, wird in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis überwiegend bejaht. Es kann deshalb außer Betracht gelassen werden, ob das nicht vorgelegte Urteil, das die Trennung von Tisch und Bett verfügt, die Schuld der Frau festgestellt und seine Entscheidung auf die Schuld der Frau gegründet habe. Der Berufungsrichter nimmt an, daß die dargelegten aus dem Wesen der Trennung von Tisch und Bett sich ergebenden Konsequenzen einer Modifikation unterliegen. Dem angefochtenen Urteile ist die Aufstellung eines gemeinrechtlichen Rechtssatzes dahin zu entnehmen, daß für die Zeit der Trennung von Tisch und Bett die durch die Ehe begründete Unterhaltspflicht des Ehemannes ihre bisherige Natur verändere und zu einer subsidiären Unterhaltspflicht werde. Der Ehemann wird dann für befreit von der Unterhaltspflicht erachtet, wenn die Ehefrau ein so erhebliches Vermögen besitzt und so reichliche Einkünfte bezieht, daß sie während der Trennung davon standesgemäß leben kann. Die Unterhaltslast soll auf Vorbehaltsgut der Ehefrau übertragen werden, welches nach dem bis zu dem Zeitpunkte der Trennung der Ehegatten maßgebenden ehelichen Güterrechte einer solchen Last nicht unterlag. Ein solcher in der Doktrin und Praxis allerdings vereinzelt aufgestellter Rechtssatz kann jedoch als ein gemeinrechtlich bestehender nicht anerkannt werden, da es selbstverständlich ist, daß aus den angezogenen Aussprüchen der Gerichte und Schriftsteller ein Gewohnheitsrecht sich nicht ergiebt.

Nr. 2355. IV. Sen. 17. Oktober 1887. IV. 133. 87. Bd. 19, Nr. 58, S. 309.

Verpflegungsgelder der geschiedenen Ehefrau. (Preuß. R.). Selbst wenn man in § 800, II. 1 A.L.R. eine den Richter zur Vernehmung der Standes- oder Zunftgenossen verpflichtende Vorschrift zu finden hätte, so würde sie doch durch § 14 des

E.G. zur. C.P.O. außer Kraft gesetzt sein, weil sie nicht dem materiellen, sondern dem Prozeßrechte angehört. Nach jetzigem Prozeßrechte ist der Richter zur Vernehmung vorgeschlagener Sachverständiger nicht verpflichtet, wenn er sich ohne solche für ausreichend unterrichtet ansieht. Die Befugnis der Klägerin, statt der Kapitalsabfindung lebenslänglichen standesmäßigen Unterhalt von dem Beklagten zu fordern, ist weder dadurch, daß ihr in dem Scheidungsurteile ihrem damaligen Antrage entsprechend der vierte Teil des Vermögens des Beklagten als Scheidungsstrafe zugesprochen ist, noch durch ihre inzwischen erfolgte anderweite Verheiratung (§ 805, II. 1 A.L.R.) beseitigt. Mit Recht hat der Berufungsrichter bei der Abmessung der Verpflegungsgelder die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des Beklagten zur Zeit der Verkündung des rechtskräftig gewordenen Scheidungsurteils zu Grunde gelegt (§§ 783, 784, 798, II. 1 A.L.R.). Dagegen erscheint es nicht gerechtfertigt, daß der Berufungsrichter diejenige Jahresrente, welche die Klägerin unstreitig zur Zeit der Ehescheidung auf Grund des Testamentes ihres Schwiegervaters bezog und erst durch ihre spätere Wiederverheiratung gemäß der Bestimmung desselben Testaments eingebüßt hat, bei der Festsetzung der Höhe der Verpflegungsgelder außer Betracht gelassen hat. Bei Feststellung der von dem Manne an die geschiedene Frau zu entrichtenden Verpflegungsgelder sind die nach § 801, II. 1 A.L.R. in Anrechnung kommenden eigenen Einkünfte der Letzteren gleichfalls nach dem Zeitpunkte des Scheidungsurteiles zu bemessen, spätere Veränderungen derselben aber, seien dies Vermehrungen oder Verminderungen, müssen auf den Betrag der Verpflegungsgelder grundsätzlich ohne Einfluß bleiben. Dabei ist es gleichgültig, daß durch die Hinzufügung der Resolutivbedingung der Wiederverheiratung die Möglichkeit eines früheren Fortfalles der an sich für die Lebenszeit der Klägerin bestimmten Rente gegeben war; die Verwirklichung der Bedingung war in die Hand der Klägerin gelegt, auf die Möglichkeit des früheren Fortfalles hätte keine Rücksicht genommen werden dürfen, wenn der Anspruch der Klägerin auf Verpflegungsgelder statt der Abfindung alsbald nach eingetretener Rechtskraft des Scheidungsurteils erhoben wäre. Der gedachte Zeitpunkt ist aber auch dann maßgebend, wenn der Anspruch auf Verpflegungsgelder erst, wie hier, längere Zeit nach rechtskräftig gewordener Scheidung erhoben wird, da es nicht in die Hand der Frau gelegt sein kann, durch Verzögerung des betreffenden Antrages die Verpflichtung des Mannes beliebig zu modifizieren. Nr. 2363. Nr. 2348.

Nr. 2356. III. Sen. 28. März 1884. III. 349. 83. Bd. 11, Nr. 41, S. 201.

Ehescheidungsstrafen. Erhöhung. Zeitpunkt des maßgebenden Vermögensbestandes. Manifestationspflicht. (Gem. R.). Die infolge einer Ehescheidung dem schuldigen Teile als Ehescheidungsstrafe obliegende Verpflichtung, dem anderen Teile ein Viertel seines Vermögens herauszugeben, erhöht sich nach den Vorschriften der Novelle 117 Kap. 8 § 2, Kap. 9 §§ 4, 5 um ein Drittel auf seiten der Frau, wenn die Ehe wegen ihres Ehebruches geschieden ist, und auf seiten des Mannes, wenn die Scheidung erfolgt ist entweder, weil er die Frau durch eine gegen sie erhobene Kriminalanklage (accusatio) wissentlich falsch (calumnia) des Ehebruches beschuldigt oder weil er in der gemeinschaftlichen Wohnung eine Konkubine gehalten oder in einem anderen Hause des gemeinschaftlichen Wohnortes mit einer Konkubine zusammen gewohnt hat. Diese Vorschriften standen im Zusammenhange mit dem damalgen Rechte, daß der Ehebruch der Frau den Mann zur Scheidung berechtige, wenn sie vorher in einem auf seinen Antrag gegen sie eingeleiteten Kriminalverfahren desselben überführt worden war, daß dagegen der Ehebruch des Mannes nur im Falle des vorerwähnten Konkubinatsverhältnisses die Scheidungsberechtigung der Frau begründe. Durch die seitdem eingetretene Veränderung des Ehescheidungsrechtes, insbesondere durch die Beseitigung der verschiedenen Behandlung des Mannes und der Frau in betreff der Scheidungsgründe sind indessen diese Vorschriften über die Erhöhung der Scheidungsstrafen für das heutige Recht nicht unanwendbar geworden; es läßt sich

auch nicht behaupten, daß die Straferhöhungen wegen ihres Charakters als eine für den Ehebruch und die falsche Anschuldigung angedrohte Privatstrafe durch die heutige kriminelle Strafbarkeit der betreffenden Handlungen beseitigt seien. Durch den bloßen Wegfall der Gründe, welche die Erlassung eines Gesetzes veranlaßt haben, kommt das Gesetz selbst nicht in Wegfall. Die sogen. Ehescheidungsstrafen sind auch nicht bloß als Strafe aufzufassen, sie bezwecken vielmehr zugleich und hauptsächlich eine Entschädigung des unschuldigen Teils für die ihm durch die Scheidung der Ehe verursachten Nachteile, und es darf daher auch die Straferhöhung aus einer bei der billigen Bemessung der Höhe der Entschädigung statthaften Rücksichtnahme auf die erschwerenden Umstände des Falles erklärt werden. Der in den obigen Gesetzesvorschriften gedachte qualifizierte Fall des Ehebruches liegt hier nicht vor. Die Ausführung der Klägerin, daß, weil nach heutigem Rechte jeder Ehebruch des Mannes die Frau zu dem Scheidungsantrage berechtige, auch die Straferhöhung jetzt den Mann, ebenso wie nach dem Rechte der Quellen die Frau, in jedem Falle einer Scheidung wegen Ehebruchs treffen müsse, scheitert daran, daß eine Veränderung der Verhältnisse, welche für den Inhalt eines Gesetzes maßgebend gewesen sind, nicht ohne weiteres eine entsprechende Abänderung des Gesetzes zu bewirken vermag. Die quellenmäßigen Voraussetzungen einer Straferhöhung wegen falscher Anschuldigung sind hier gleichfalls nicht vorhanden und zwar einesteils, weil die Ehescheidung nicht wegen der falschen Anschuldigung erfolgt ist, anderenteils weil die Anschuldigung nicht im Wege einer Kriminalanklage erhoben worden ist. In ersterer Beziehung ist zwar von einigen Juristen aus cap. 4 X. de don. i. v. e. u. 4, 20 gefolgert worden, daß die Straferhöhung nur noch durch die betreffende Handlung bedingt sei, so daß es keinen Unterschied mache, ob die Ehescheidung wegen dieser Handlung oder aus einem anderen Grunde erkannt sei; allein diese Meinung findet in dem Inhalte der angeführten Stelle keine Unterstützung. In letzterer Beziehung hat die Klägerin geltend gemacht, daß, weil nach heutigem Ehescheidungsverfahren die Überführung der Frau wegen des Ehebruches nicht mehr im Wege einer Kriminalanklage, sondern in dem Scheidungsprozesse stattzufinden habe, auch im Sinne der hier fraglichen Gesetzesvorschrift die heutigen Tages in dem Scheidungsprozesse erhobene Beschuldigung der früher erforderlichen Kriminalanklage gleich geachtet werden müsse. Aber auch diese Auffassung kann um so weniger für gerechtfertigt gehalten werden, als man annehmen darf, daß bei der Androhung der Straferhöhung auch Rücksicht genommen ist auf die schweren kriminellen Strafen, welche mit der Überführung und Verurteilung einer Ehebrecherin verknüpft waren. Vielmehr ist, sollte auch, was hier unerörtert bleiben kann, in der wissentlich falschen Beschuldigung eines Ehebruches noch unter Umständen ein Scheidungsgrund gefunden werden können, die fragliche Vorschrift für das heutige Recht gegenstandslos gemacht durch die Bestimmung des § 172 St.G.B., daß eine strafrechtliche Verfolgung des Ehebruches erst nach Scheidung der Ehe statthaft ist. — Der Betrag der verwirkten Scheidungsstrafen ist zu bemessen nach dem Stande des Vermögens, welches der schuldige Teil im Zeitpunkte der Scheidung besitzt. Die Scheidung tritt aber erst mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils ein. Gegen ein betrügerisches Verfahren des schuldigen Gatten, der in der Absicht der Verringerung der Scheidungsstrafe vorher sich seines Vermögens ganz oder teilweise entäußert, könnte eventuell der unschuldige Gatte nur mit Hilfe anderweitiger Rechtsbehelfe geschützt werden. Der schuldige Teil ist zur Hergabe eines Verzeichnisses seines Vermögens und zur eidlichen Bestärkung desselben verpflichtet. Die Ausbildung, die den Grundsätzen über die Manifestationspflicht eines Schuldners durch die Praxis, ausgehend von der Vorschrift der l. ult. § 10 Cod. de jur. delib. 6, 30 gegeben worden ist, hat dahin geführt, daß der mit der Pflichtteilsergänzungsklage belangte Erbe zur eidlichen Manifestation des Nachlasses für verpflichtet erachtet ist, Nr. 2518, und ebenso ist auch die Manifestationspflicht des auf die Auskehrung der Ehescheidungsstrafe belangten geschiedenen Ehegatten anzuerkennen. Nr. 2357.

Nr. 2357. VI. Sen. 20. Juni 1889. VI. 94. 89. Bd. 23, Nr. 38, S. 182.

Ehescheidungsstrafe. Erhöhung nach Nov. 117 c. 9 § 5. (Gem. R.). Wie die vermögensrechtlichen Ehescheidungsstrafen des Justinianischen Rechts überhaupt (abgesehen natürlich von den in Nov. 117 c. 10 und Nov. 134 c. 11 auf die auf Grund beiderseitiger Übereinkunft vorgenommene Scheidung gesetzten Strafen) so gehört auch die nach Nov. 117 c. 8 und c. 9 in gewissen Fällen eintretende Erhöhung derselben um ein Drittel noch dem geltenden gemeinen Rechte an. Aber jene Erhöhung ist nicht etwa zum Nachteile des Mannes nach heutigem Rechte auf jeden Fall auszudehnen, wo die Ehe wegen Ehebruches des Mannes geschieden ist, sondern sie bleibt unter Voraussetzung einer solchen Scheidung doch immer auf diejenigen besonderen Fälle beschränkt, für welche sie in Nov. 117 c. 9 § 5 dem Manne angedroht ist, nämlich wenn der Mann, der sich in der dort näher bezeichneten Weise eine Konkubine hält, mindestens zweimal entweder durch seine Eltern oder durch die Eltern seiner Frau oder durch andere achtbare Personen verwarnt worden ist. Nr. 2356.

Nr. 2358. VI. Sen. 28. April 1890. VI. 341. 89. Bd. 26, Nr. 31, S. 171.

Ehescheidungsstrafe. Geltung der Vorschrift, wonach der schuldige Ehemann die propter nuptias donatio herauszugeben hat, und der Beschränkung der Strafe auf 100 Pfund Goldes. (Gem. R.). Die römisch-Justinianischen Bestimmungen über die sogen. Ehescheidungsstrafe haben grundsätzlich im gemeinen deutschen Recht noch praktische Geltung und zwar für alle Fälle der von einem Teile verschuldeten Ehescheidung, insbesondere auch für den Fall der Ehescheidung wegen böslicher Verlassung. Die Klägerin hat in erster Reihe diejenige römische Bestimmung (in c. 8 § 4 Cod. de repud. 5, 17; Nov. 22 c. 15 § 1 und Nov. 117 c. 9 pr. § 5) für sich verwerten wollen, wonach der schuldige Ehemann der Frau die donatio propter nuptias herauszugeben hat, indem sie davon ausgeht, daß heutzutage an die Stelle der propter nuptias donatio alles dasjenige trete, was der Frau im Ehevertrage für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes ausgesetzt sei. Der so begründete Anspruch ist vom Oberlandesgerichte deswegen verworfen worden, weil die propter nuptias donatio in Deutschland nicht rezipiert sei und die dieselbe betreffenden römischen Bestimmungen nicht auf andere, wenn auch ähnliche Institute des heutigen Rechts übertragen werden dürfen. Dies entspricht auch der jetzt vorherrschenden Ansicht. Vielleicht ließe sich die Meinung rechtfertigen, wonach an die Stelle der donatio propter nuptias gewisse denselben ganz ähnliche deutschrechtliche Institute (Widerlage, Gegenvermächtnis u. dergl.) zu setzen wären. Für Letzteres ist nicht ganz ohne Gewicht, daß in c. 4 X. de don. int. vir et ux. 4, 20 (zunächst übrigens für den Fall der Schuld der F r a u) neben der dos das „dotalicium" genannt wird. Die erwähnten deutschrechtlichen Institute können indessen nur bei einem ehelichen Güterverhältnisse vorkommen, welches auf durchgängiger oder partieller G ü t e r t r e n n u n g beruht, und überhaupt kann auf dem Boden einer ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft, wie sie im vorliegenden (Hamburger) Falle Rechtens ist, im Verhältnisse der Ehegatten untereinander von einem der donatio propter nuptias ähnlichen Institute so wenig wie von einer Dos die Rede sein. Die von der Klägerin nach ihrer Behauptung dem Beklagten zugebrachte Haushaltseinrichtung im bestimmten Werte (dos intaxata) würde keine Dos im gemeinrechtlichen Sinne sein, sondern jetzt nur als eigenes Vermögen der Klägerin in Betracht kommen. Mittels des eventuellen Klagantrages ist nun aber die in c. 11 § 1 Cod. de repud. 5, 17 und Nov. 22 c. 18 enthaltene Bestimmung geltend gemacht worden, wonach der unschuldig geschiedene Ehegatte gegen den schuldigen eventuell einen Anspruch auf den vierten Teil des Vermögens des Letzteren hat. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, daß es nicht dem Sinne des hamburgischen ehelichen Güterrechts oder etwa einem Hamburger Gewohnheitsrechte entspricht, im Falle der Ehescheidung das Gesamtgut als nach Quoten geteilt aufzufassen, sondern daß nach hamburgischem

Recht der Frau das von ihr selbst Eingebrachte und das ihr während der Ehe Angefallene zuzuteilen und alles übrige als Vermögen des Mannes anzusehen. Dies ist lediglich eine Frage des irrevisibelen Partikularrechts und somit der Nachprüfung des Reichsgerichts entzogen (§ 511 C.P.O., § 1 Verordn. vom 28. September 1879, § 6 E.G. zur C.P.O.). Nach Maßgabe dieser Unterentscheidungen hat das Berufungsgericht, unter Vorbehalt des Anspruches der Klägerin auf Herausgabe der angeblich von ihr eingebrachten Haushaltseinrichtung, derselben grundsätzlich höchstens einen Anspruch auf den Wert eines Viertels des übrigen Gesamtgutes zuerkannt und auch diesen noch auf den von Justinian gesetzten Höchstbetrag von 100 Pfund Goldes beschränkt, die auf 67200 Mk. umgerechnet sind. Die Rüge der Klägerin, daß die praktische Geltung des Maximums von 100 Pfund Gold zu Unrecht angenommen worden sei, ist nicht gerechtfertigt. Die Bestimmung Justinians ist weder durch „den inzwischen eingetretenen Wechsel im Werte des Geldes" obsolet geworden, im Falle Nr. 2360 war für das Reichsgericht kein Anlaß zur Entscheidung der Frage gegeben, noch ist ein gemeines deutsches Gewohnheitsrecht anzunehmen, wodurch das Maximum von 100 Pfund Gold beseitigt worden wäre. Auch die Umrechnung ist zu billigen. Das Berufungsgericht setzt zunächst an die Stelle dieser 100 Pfund 7200 solidi, wendet sodann auf diesen Betrag das in Ansehung der Bestimmung über die Insinuation großer Schenkungen feststehende gemeine deutsche Gewohnheitsrecht an, wonach jeder solidus als ein Reichsdukaten gerechnet wird, und rechnet auf jeden solchen Dukaten $9^1/_3$ Mk. heutiger Währung. Diese letzte Art der Umrechnung ist auch vom Reichsgericht schon wiederholt angewandt worden. Nr. 602. Nr. 62. Nr. 608. Nr. 637. Nr. 611.

Nr. 2359. III. Sen. 7. November 1884. III. 166. 84. Bd. 12, Nr. 48, S. 192.

Gehaltsanspruch des Beamten als Gegenstand der Ehescheidungsstrafe. (Gem. R.). Die Ehescheidungsstrafe ist nur von dem Vermögen, welches der schuldige Ehegatte im Zeitpunkte der Ehescheidung besitzt, zu entrichten; ein späterer Vermögenserwerb desselben wird durch die Strafe nicht betroffen. Das Gehalt aber, welches ein Beamter zu beziehen hat, solange er das Amt bekleidet, ist, insoweit es nicht schon zur Zeit der Ehescheidung fällig war, ein künftiger Erwerb. Der mit der Zeitdauer des Amtes gewährte Anspruch auf Fortbezug des Gehaltes bildet keinen Bestandteil des Vermögens des Beamten. — Ein Anspruch auf Alimentation gegen ihren gewesenen Ehemann steht der geschiedenen Ehefrau überhaupt nicht zu. Nr. 2353. Nr. 2348.

Nr. 2360. I. Sen. 19. März 1884. I. 41. 84. Bd. 15, Nr. 44, S. 204.

Gegenstand der Ehescheidungsstrafe. (Gem. R.). Es besteht nach richtiger Auffassung der c. 11 § 1 Cod. de repud. 5, 17 und der Nov. 22 c. 18 die gemeinrechtliche Privationsstrafe nur in der Verbindlichkeit zur Zahlung des Wertes der betreffenden Vermögensquote in Geld; wobei dann eventuell das vorgeschriebene Maximum von 100 Pfund Goldes zu beachten sein würde, falls man nicht etwa diese Einschränkung für obsolet erklären wollte. Nr. 2358.

Nr. 2361. IV. Sen. 25. Februar 1886. IV. 342. 85. Bd. 15, Nr. 64, S. 272.

Beginn des Zinsenlaufes der Ehescheidungsabfindung. (Preuß. R.). Der schuldige Ehegatte hat Verzugszinsen der dem anderen Ehegatten zukommenden Abfindungssumme von dem Tage des publizierten demnächst rechtskräftig gewordenen Ehescheidungsurteils zu entrichten. Die in § 783, II. 1 A.L.R. dem schuldigen Ehegatten auferlegte Pflicht, den unschuldigen aus seinem Vermögen abzufinden, begründet einen persönlichen Anspruch auf Leistung einer der betreffenden Quote entsprechenden Summe. Für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit zur Zahlung einer Geldsumme bestimmt der § 784 a. a. O. den Zahlungstag, und hiermit ist zufolge § 67, I. 16 A.L.R. der Be-

ginn der Zögerungszinsen seit diesem Tage vorgeschrieben. Die Annahme, es sei eine Zahlung nicht thunlich, solange das Quantum nicht ausgemittelt sei, erscheint nicht zutreffend. Denn die Grundsätze für die Absonderung des beiderseitigen Vermögens, also für die Ermittelung der zu zahlenden Abfindungssumme sind im Gesetze bestimmt. Der einseitigen Ausmittelung dieser Abfindung seitens des schuldigen Ehegatten steht somit an sich ein Hindernis nicht entgegen. Nr. 2629. Nr. 2364. Nr. 2363.

Nr. 2362. IV. Sen. 4. November 1889. IV. 198. 89. Bd. 25, Nr. 44, S. 211.

Ehescheidungsstrafe. Feststellung der Abfindung des unschuldigen Ehegatten aus dem Vermögen des schuldigen. §§ 783, 784, 790, II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Bei der Feststellung der Abfindung des unschuldigen Ehegatten aus dem Vermögen des schuldigen hat sich jener die Kürzung des Aktivbestandes des Vermögens zur Zeit der Verkündung des Scheidungsurteiles um die erst nach der Klagerhebung entstandenen Schulden insoweit gefallen zu lassen, als infolge der Eingehung dieser Schulden eine Vermehrung des Aktivvermögens herbeigeführt ist. Die Vorschrift des § 790, II. 1 A.L.R., wonach die Schulden, welche erst nach der Klagerhebung entstanden sind, nicht in Ansatz zu bringen sind, führt gerade zu der Annahme, daß der Grundsatz des § 784 a. a. O., der für die Bemessung der Abfindung den Stand des Vermögens des schuldigen Teils zur Zeit der Verkündung des Scheidungsurteils als maßgebend hinstellt, nachdem durch § 790 a. a. O. demselben in Ansehung der Passiva die volle Geltung ausdrücklich versagt worden ist, nach dem richtig verstandenen Sinne des Gesetzes in entsprechender Weise auch, was die Aktivmasse anbetrifft, keine uneingeschränkte Anwendung findet. Ergiebt sich, daß in der Zeit seit der Klagerhebung eine Vermehrung der Aktivmasse, sei es im ganzen oder in einzelnen Bestandteilen, stattgefunden hat und auf die erst seit jenem Zeitpunkte eingegangenen Schulden zurückzuführen ist, so daß zwischen der Vermehrung und den Schulden nachweisbar ein ursächlicher Zusammenhang besteht, so muß die Aktivmasse in ihrem Bestande zur Zeit der Verkündung des Urteils um die fraglichen Schulden, zwar nicht schlechthin in ihrem Nominalbetrage, denn dem würde die Vorschrift des § 790 a. a. O. entgegenstehen, aber in der Höhe gekürzt werden, um welche durch die Schulden die Vermehrung der Masse herbeigeführt ist. In dieser Höhe sind die Schulden als auf der Aktivmasse ruhend anzusehen.

Nr. 2363. IV. Sen. 23. Januar 1896. IV. 245. 96. Bd. 36, Nr. 79, S. 326.

Abfindung des im Ehescheidungsprozesse für den unschuldigen Teil erklärten Ehegatten. Maßgebender Zeitpunkt. Ausübung des Wahlrechts. §§ 783, 784, 770, 771, II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). In dem Ehescheidungsprozesse hat das Gericht zweiter Instanz in Abänderung des ersten Urteils durch Urteil vom 22. Juni 1888 auf einen Eid für die jetzige Klägerin erkannt. Die hiergegen von dem jetzigen Beklagten eingelegte Revision ist durch Urteil vom 14. Januar 1889 zurückgewiesen worden. Das Läuterungsurteil ist am 5. April 1889 verkündet. Der Beklagte ist für den schuldigen Teil erklärt. Im gegenwärtigen Prozesse will die Klägerin, daß zur Bemessung ihrer Abfindung (1/4 des Vermögens des Beklagten, § 785, II. 1 A.L.R.) der Wert der Grundstücke des Beklagten zur Zeit der Verkündung oder der Rechtskraft des Läuterungsurteils (5. April 1889 oder 14. Mai 1889) zu Grunde gelegt werde, weil durch Kabinetsordre vom 26. Juni 1888 das Projekt einer über die Grundstücke Köpenickerstraße 86/87 führenden neuen Straße genehmigt worden und dadurch eine Wertsteigerung der Grundstücke seit dem 22. Juni 1888 d. h. dem Tage der Verkündung des entscheidenden Berufungsurteils eingetreten sei. Das Berufungsgericht hat den 5. April 1889 als den maßgebenden Zeitpunkt erachtet, da die Bestimmung der §§ 770, 771, II. 1 A.L.R. lediglich zu Gunsten des unschuldigen Teils gegeben und es daher der Klägerin unbenommen sei, den Tag der Verkündung des Läuterungsurteils als den ihr günstigeren zu wählen. Diese Annahme ist rechtsirrtümlich. Denn

der § 783, II. 1 A.L.R. verordnet, daß der schuldige Ehegatte den unschuldigen aus seinem Vermögen abzufinden habe, und der § 784 fügt hinzu, daß alsdann angenommen werden solle, daß der schuldige Teil an dem Tage des publizierten und rechtskräftig gewordenen Scheidungsurteils gestorben sei. Dabei ist ausdrücklich auf die §§ 769, 770, 771 a. a. O. hingewiesen. Außerdem kommen die §§ 731 und 743 a. a. O. in Betracht. Abgesehen von der hier nicht interessierenden Frage, wann der Nießbrauch des Mannes von dem Eingebrachten der Frau endige (§ 769 a. a. O.) ist daher in der Regel für die Abfindung des unschuldigen Ehegatten der Vermögenszustand des schuldigen Teiles am Tage der Rechtskraft des Scheidungsurteils maßgebend. Nr. 2361. Ausnahmsweise kann aber der unschuldige Ehegatte anstatt dieses Zeitpunktes den Tag der Verkündung des die Scheidung aussprechenden und nachher rechtskräftig gewordenen Urteils wählen. Nr. 2355. Nr. 2364. Bei einem durch einen Eid bedingten Scheidungsurteil ist deshalb der Regel nach der Tag der Rechtskraft des Läuterungsurteils zur Grundlage zu nehmen. Aber auf Verlangen des unschuldigen Teils muß, ausnahmsweise, der Tag der Verkündung des bedingten und nachher geläuterten Urteils als entscheidend angesehen werden. Das Berufungsgericht durfte daher dem Abfindungsanspruche der Klägerin nur den 22. Juni 1888 oder den 14. Mai 1889 zu Grunde legen. Welcher von diesen beiden Zeitpunkten maßgebend sein soll, hängt von der Wahl der Klägerin ab. Aber diese Wahl mußte einheitlich hinsichtlich des gesamten Vermögens des Beklagten ausgeübt werden. Es ist unstatthaft, den Wert des einzelnen Vermögensobjektes nach verschiedenen Zeitpunkten zu bestimmen. Die entgegengesetzte Auslegung des § 771, II. 1 A.L.R. findet weder in dem Wortlaut des Gesetzes noch in dem Zusammenhange mit dem vorhergehenden Paragraphen eine Begründung.

Nr. 2364. VI. Sen. 18. Januar 1892. VI. 285. 91. Bd. 29, Nr. 42, S. 167.

Vererblichkeit des Abfindungsanspruches des geschiedenen Ehegatten gegen den im Ehescheidungsurteile für den schuldigen Teil erklärten Ehegatten. (Preuß. R.). Dem Berufungsgericht ist in der Annahme beizupflichten, daß, wenn der § 830, II. 1 A.L.R. die Vererblichkeit des Abfindungsanspruches des unschuldigen Ehegatten an die Voraussetzung knüpft, daß die Abfindung diesem Gatten selbst schon, wenngleich nicht rechtskräftig, zuerkannt ist, mit diesem Erkenntnisse nach Lage der früheren preußischen Gesetzgebung das Ehescheidungsurteil gemeint ist. Denn nach § 51, I. 40 A.G.O. und nach § 293 Anh. A.G.O. hatte der Richter im Ehescheidungsurteile von Amts wegen mit festzusetzen, was als Ehescheidungsstrafe zu entrichten sei, so daß ein besonderer Prozeß behufs Zuerkennung der Scheidungsstrafe nach älterem Prozeßrecht regelmäßig nicht in Frage kommen konnte. Nr. 2349. Es muß aber auch gebilligt werden, wenn der Berufungsrichter annimmt, der vorbezeichnete Rechtszustand habe durch die Vorschrift des § 575 C.P.O. keine wesentliche Änderung erfahren. Zunächst kann es keinem Bedenken unterliegen, daß es vom Gesichtspunkte des § 830 a. a. O. aus in der That genügt, wenn die Abfindung dem unschuldigen Ehegatten bei dessen Lebzeiten nur dem Grunde nach zugesprochen ist. Es erscheint aber auch den Grundsätzen des A.L.R. entsprechend, eine Zuerkennung der Abfindung dem Grunde nach bereits in dem Scheidungsurteile zu finden, sofern darin der eine Ehegatte für den schuldigen Teil erklärt ist. Denn nach § 783, II. 1 A.L.R. ist der schuldige Gatte gehalten, den unschuldigen Teil wegen der künftigen Erbfolge aus seinem Vermögen abzufinden. Gemäß § 784 a. a. O. wird es dann so angesehen, als ob der schuldige Teil am Tage des verkündeten und rechtskräftig gewordenen Scheidungsurteils gestorben wäre. In den §§ 785, 786 a. a. O. aber ist die gesetzliche Abfindung je nach der Schwere der Vergehungen des schuldigen Gatten auf den vierten oder den sechsten Teil seines Vermögens bestimmt. Aus diesen Vorschriften ergiebt sich, daß mit dem in dem Scheidungsurteil enthaltenen Ausspruche, daß der eine Gatte für den schuldigen Teil zu erachten (§ 745 a. a. O.), zugleich der

gesetzliche Anspruch des unschuldigen Gatten auf Abfindung gegenüber dem schuldigen Teile begründet ist, ein Anspruch, dessen Erfüllungszeit sich gemäß § 784 a. a. O. auch nach dem Tage des verkündeten und in Rechtskraft übergegangenen Scheidungsurteils bestimmt. Nr. 2361. Nr. 2363. Der unschuldige Teil kann gemäß §§ 789, 809 a. a. O. allerdings statt der gesetzlichen Abfindung standesmäßige Verpflegung aus den Mitteln des schuldigen Teils fordern. Allein auch dies Wahlrecht findet seine Grundlage bereits in der durch das Scheidungsurteil mitfestgestellten Verschuldung der Ehetrennung seitens des anderen Ehegatten.

Nr. 2365. IV. Sen. 4. Juni 1894. IV. 396. 93. Bd. 33, Nr. 76, S. 317.

Vermögensauseinandersetzung geschiedener Eheleute bei getrennten Güterverhältnissen. §§ 550, 557, 558, II. 1; § 2, I. 17 A.L.R. (Preuß. R.). Der Rechtsstreit bezweckt die zwischen den geschiedenen Eheleuten nach dem für getrennte eheliche Güterverhältnisse geltenden Rechte zu bewirkende Vermögensauseinandersetzung. Die Klägerin beansprucht u. A. von der auf zwei Grundstücken zur Gesamthaft für beide Eheleute gemeinschaftlich eingetragenen Hypothekenforderung von 24000 Mk. einen Anteil von 12000 Mk. Der Ehemann (Beklagte) nimmt die Hypothek in ihrem vollen Umfange für sich allein in Anspruch unter der Behauptung, daß er sie aus seinem eigenen Vermögen erworben habe. Das Landgericht hat den Anspruch der Klägerin nach den §§ 557, 558, 550, II. 1 A.L.R. für gerechtfertigt erachtet. Dieser Annahme ist das Berufungsgericht beigetreten. Es stellt zwar auf Grund der eidlichen Aussage eines Zeugen fest, daß der Beklagte in der Zeit vom 13. Februar bis 19. Juni 1889 nach und nach bei dem Sch. Bankverein 47800 Mk. auf seinen Namen eingezahlte Beträge erhoben hat und daß die Hypothek von 24000 Mk. innerhalb jenes Zeitraumes und zwar durch Cession vom 1. April 1889 auf die Eheleute übergegangen ist. Hierdurch und durch die sonstigen in dieser Beziehung von dem Beklagten unter Beweis gestellten Thatsachen erachtet aber das Berufungsgericht einen Grund zur Nichtanwendung der §§ 557, 558, II. 1 A.L.R. nicht für gegeben. Es führt unter Bezugnahme auf das Erkenntnis des Obertribunals in dessen Entscheidungen Bd. 20, S. 250 aus, daß die Anwendung jener Bestimmungen nur dann versage, wenn feststehe, daß von den Geldern der Frau zu dem betreffenden Kapitale gar nichts verwendet worden sei, und daß der Beklagte diesen ihm obliegenden Nachweis nicht erbracht habe. Insbesondere wird von dem Berufungsgericht auch nicht der Beweis, daß die Klägerin wegen Mangels an eigenen Mitteln außer stande gewesen sei, zum Erwerbe der Hypothek etwas beizutragen, für geführt, es wird im Gegenteil für erwiesen erachtet, daß die Klägerin außer den ihr vom Beklagten geschuldeten Forderungen auch noch ein Vermögen von mehr als 16000 Mk. besessen hat. Diese Ausführungen konnten nicht für zutreffend erachtet werden. Sie gehen von der Anschauung aus, daß mit Rücksicht auf die §§ 557, 558 a. a. O. der Frau von einem auf den Namen beider Eheleute ausstehenden Kapitale die Hälfte schon dann ohne Weiteres zustehe, wenn sie nur etwas, gleichviel welchen Betrag ihres eigenen Vermögens, zur Anlegung verwendet habe. Diese Ansicht geht fehl und wird auch nicht in jenem Erkenntnisse des Obertribunals vertreten. In jenem Falle war zu mehreren während der Ehe für beide Eheleute eingetragenen Hypothekenkapitalien aus dem Vermögen der Ehefrau nichts verwendet und das Obertribunal erachtete den nach Scheidung der Ehe bei der Auseinandersetzung geltend gemachten Anspruch des Ehemannes auf sein Alleineigentum an den Kapitalien für gerechtfertigt, ohne jedoch daran die weitere Annahme zu knüpfen, daß, wenn die Frau zu dem Erwerbe der Kapitalien überhaupt etwas beigetragen hätte, ihr die Hälfte daran zustehen würde. Eine solche der im vorliegenden Falle von dem Berufungsgericht vertretenen Rechtsanschauung entsprechende Annahme läßt sich, weil sie mit dem Wesen getrennter ehelicher Güterverhältnisse im Widerspruche steht, nicht rechtfertigen, und auch der Wortlaut der §§ 557, 558 a. a. O. nötigt nicht zu der ihnen von dem Berufungsgericht

gegebenen Auslegung. Denn wenn es in § 557 heißt, daß beide Eheleute als Miteigentümer der auf ihren Namen gemeinschaftlich ausgeliehenen Kapitalien anzusehen sind, so ist damit nicht gesagt, daß dies Miteigentum ein solches zu gleichen Anteilen sein soll, und wenn alsdann in § 558 vorgeschrieben ist, daß von der „Hälfte der Frau" eben das gelten soll, was wegen eines ganzen auf ihren alleinigen Namen ausgeliehenen Kapitals verordnet ist, so folgt auch daraus nicht, daß die Ehefrau unter allen Umständen als Miteigentümerin zur Hälfte anzusehen ist. Vielmehr ist die Vorschrift des § 558 in Verbindung mit § 2, I. 17 A.L.R. in dem Sinne zu verstehen, daß die Vermutung für ein Miteigentum beider Eheleute je zur Hälfte sprechen soll, und daß diese Vermutung gilt, bis sie durch Gegenbeweis entkräftet ist, daß also die in § 558 erwähnte Hälfte den bis zur Führung des Gegenbeweises aus der Hälfte bestehenden Anteil der Ehefrau darstellt, der aber nach dem Ergebnisse des Gegenbeweises mehr oder weniger als die Hälfte betragen kann. Hiernach durfte dem Beklagten der Beweis seiner Behauptung, daß er das Hypothekenkapital von 24000 Mk. aus seinen eigenen Mitteln erworben habe, nicht abgeschnitten werden. Vielmehr war in dieser Beziehung eine nähere Erörterung, nötigenfalls unter Ausübung des Fragerechts, und eventuell die Erhebung des Beweises erforderlich. Dabei würde allerdings auch in Betracht zu ziehen gewesen sein, aus welchen Mitteln der Beklagte die von ihm bei dem Bankverein eingezahlten 47800 Mk., die er zum Teil zur Erwerbung des Hypothekenkapitals verwendet haben will, sich beschafft hat, da der Umstand, daß der Beklagte die Einzahlung bei dem Bankverein bewirkt hat, für sich allein noch nicht genügt, ihn als Eigentümer der 47800 Mk. erscheinen zu lassen.

Nr. 2366. IV. Sen. 4. Juli 1889. IV. 136. 89. Bd. 24, Nr. 55, S. 277.

Vermögensauseinandersetzung bei Scheidung in dem nach dem Tode eines Ehegatten fortgesetzten Ehescheidungsprozesse. §§ 827—833, II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Ein anhängiger Ehescheidungsprozeß kann nach dem Tode eines Ehegatten sowohl von dessen Erben gegen den anderen Ehegatten als auch von dem Letzteren gegen die Ersteren „zum Behufe der Auseinandersetzung des Vermögens" durch alle noch offen stehenden Instanzen fortgesetzt werden, insbesondere können auch der für schuldig erklärte beklagte Teil oder dessen Erben eine ihnen ungünstige Entscheidung auch nach dem Tode des Gegenteils zu dem Behufe anfechten, um eine anderweite Entscheidung über die für die Auseinandersetzung präjudizielle Schuldfrage herbeizuführen (§ 827, II. 1 A.L.R.). Wird in dem fortgesetzten Prozesse der überlebende Ehegatte endgültig für den schuldigen Teil erklärt, so erfolgt die Absonderung des Vermögens nach den Vorschriften der §§ 766ff. II. 1 A.L.R., wobei den Erben des unschuldigen Teils das ihrem Erblasser nach § 811 das. zugestandene Wahlrecht gebührt, und der schuldige Ehegatte verliert alle Vorteile, die er sonst aus dem Nachlasse des verstorbenen zu erwarten hatte (§§ 829, 831 das.); eine Abfindung können die Erben von dem schuldigen Ehegatten jedoch nur dann fordern, wenn solche ihrem Erblasser bereits bei seinem Leben zuerkannt war und dies Urteil demnächst vor oder nach seinem Tode rechtskräftig oder in den folgenden Instanzen bestätigt wird (§ 830 das.). Es wird also in diesem Falle bezüglich der Vermögensauseinandersetzung so angesehen, als ob die Ehe nicht durch den Tod, sondern durch richterlichen Ausspruch geschieden wäre. Ist dagegen der verstorbene Ehegatte für schuldig erklärt, so sind alle von ihm hinterlassenen letztwilligen Verordnungen, soweit sie auf Schmälerung des dem unschuldigen aus Gesetzen oder Verträgen zukommenden Erbteiles abzielen, unkräftig (§ 833 a. a. O.), d. h. es verbleibt bei dem gesetzlichen oder vertragsmäßigen Erbrechte des überlebenden unschuldigen Ehegatten an dem Nachlasse des verstorbenen, welches aber zugleich jeden Anspruch auf Abfindung ausschließt. Wie es sich in diesem Falle mit der vom Gesetze nicht besonders erwähnten Vermögensabsonderung verhalte, kann hier dahingestellt bleiben. Für den vorliegenden Fall, in welchem der nach dem Tode des klagenden

Teils fortgesetzte Prozeß zu der Entscheidung geführt hat, daß zwar der Antrag auf Trennung der Ehe begründet, jedoch kein Teil für den überwiegend schuldigen zu erachten sei, findet sich eine besondere Vorschrift im Gesetze nicht. Auch in derartigen Fällen ist anzunehmen, daß die Auseinandersetzung des überlebenden Ehegatten mit den Erben des verstorbenen nach den für den Fall der Trennung der Ehe durch richterlichen Ausspruch maßgebenden Grundsätzen der §§ 751 ff. II. 1 A.L.R. zu erfolgen hat, und daß demgemäß jeder Erbanspruch des überlebenden an den Nachlaß des verstorbenen ausgeschlossen ist. Indem das Gesetz (§ 827 a. a. O.) die Fortsetzung der Scheidungsklage zum Behufe der Vermögensauseinandersetzung gestattet, obwohl die Ehe durch den vor rechtskräftiger Scheidung erfolgten Tod eines Ehegatten gelöst ist, statuiert es in jener Beschränkung die Vererblichkeit der Scheidungsklage, und es entspricht der Rechtskonsequenz und der vorauszusetzenden Intention der den Prozeß fortsetzenden Parteien, daß ein in demselben ergehendes Urteil, durch welches die Begründetheit der Klage anerkannt und über die Schuldfrage entschieden wird, die nämlichen vermögensrechtlichen Wirkungen hervorbringe wie ein wirkliches Scheidungsurteil. Diesen Grundsatz hat das Gesetz zwar nur für den Fall, daß der überlebende Ehegatte für den allein schuldigen Teil erklärt ist, ausdrücklich anerkannt (§ 829 a. a. O.), dagegen für den Fall, daß der Verstorbene für den allein schuldigen Teil erklärt ist, hinsichtlich des Erbrechtes durch die oben erwähnte Vorschrift des § 833 a. a. O. zu Gunsten des unschuldigen Ehegatten durchbrochen. Allein die vorstehende Erwägung rechtfertigt es, auf den im Gesetze nicht besonders geregelten Fall, daß jedem Ehegatten ein gleiches Maß von Verschuldung zur Last gelegt ist, den der Rechtskonsequenz entsprechenden Grundsatz des § 829 a. a. O. mit den aus der Verschiedenheit des Thatbestandes sich von selbst ergebenden Modifikationen und nicht die als Ausnahmevorschrift anzusehende Bestimmung des § 833 a. a. O. anzuwenden.

Nr. 2367. III. Sen. 4. Mai 1888. III. 63. 88. Bd. 21, Nr. 26, S. 160.

Rechtliche Bedeutung der unter geschiedenen Ehegatten über die Erziehung der Kinder abgeschlossenen Verträge. (Gem. R.). Wenn auch ein über die Erziehung der Kinder zwischen den Eheleuten abgeschlossener Vertrag nicht, als gegen die guten Sitten verstoßend, als ungültig angesehen werden kann (Nr. 2386), so kann doch einem solchen Vertrage mit Rücksicht auf das aus dem elterlichen Verhältnisse fließende Erziehungsrecht und die Erziehungspflicht sowie mit Rücksicht auf die vor Allem zu berücksichtigenden Interessen des Kindes selbst keine unbedingt bindende Wirkung beigelegt werden, es können vielmehr die zwischen den gewesenen Gatten getroffenen Vereinbarungen nur unter der sich aus der Natur des Verhältnisses ergebenden Bedingung Geltung haben, daß der Ehegatte, welchem die Erziehung des Kindes vertragsmäßig überlassen ist, seiner Pflicht zur Erziehung zum Wohle des Kindes genügt; es ist dem anderen Ehegatten der Einwand zu gewähren, daß nach den von ihm eventuell nachzuweisenden Thatsachen anzunehmen sei, daß die Erziehung und Pflege des Kindes gefährdet sein würden, falls sie jenem überlassen würden. Nr. 2388. Nr. 2387. Nr. 2716. Nr. 2389.

§ 93.
Verwandtschaft.
B.G.B. §§ 1589—1772.

I. 30—33, 1466—1632. II. 15, 16, 1486—1654. III. 1567—1748. N. I. 65—68. IV. 646—1007. D. 218—243. E.G. Art. 18—22, 55, 153, 154, 203—209. Windscheid I. §§ 56a, 56b, 232 Nr. 4. II. §§ 434 Note 5, 475, 482—484, 493 Nr. 3, 495, 513—525. Stobbe I. §§ 39—41. IV. §§ 250—262. Dernburg III. §§ 42—72.

Eheliche Abstammung.

Nr. 2368. IV. Sen. 12. Mai 1887. IV. 414. 86. Bd. 18, Nr. 62, S. 288.

Vermutung der Ehelichkeit. Erfordernisse der Anfechtungserklärung. (Preuß. R.). Die im § 1, II. 2 A.L.R. aufgestellte Vermutung der Ehelichkeit kommt auch denjenigen während der Ehe geborenen Kindern zu statten, welche nicht während der Ehe erzeugt sind. Auf diese Vermutung dürfen sich auch die in einer demnächst für ungültig erklärten Ehe geborenen Kinder berufen. Durch die §§ 50, 57, II. 2 A.L.R. ist ausgesprochen, daß die ungültige Ehe für die Kinder als eine gültige insoweit angesehen werden soll, als es sich um deren Verhältnis zu den Eltern handelt. Sie muß also auch zu Gunsten der Kinder die an eine gültige Ehe geknüpfte Vermutung des § 1, II. 2 A.L.R. wirken. — Die im § 7, II. 2 A.L.R. bestimmte Anfechtungsfrist ist nicht eine (Klag-) Verjährungs-, sondern eine Präklusivfrist, deren Versäumung vom Gesetze als stillschweigendes Anerkenntnis der Ehelichkeit des Kindes von seiten des Vaters angesehen wird. Das Gesetz knüpft aber die Innehaltung der Frist nicht an die Voraussetzung, daß innerhalb derselben die Anfechtungsklage erhoben ist, es genügt vielmehr eine gerichtliche Protestation. Unerläßliche Erfordernisse der fraglichen Erklärung sind: 1. daß sich solche inhaltlich als Ausdruck des Willens des Ehemannes zu erkennen giebt, das Kind als das seinige nicht anzuerkennen (§ 14, II. 2 A.L.R.); 2. daß sie gegen das Kind als diejenige Person, deren Rechte dadurch betroffen werden, gerichtet, mithin zu dem ersichtlichen Zwecke abgegeben sein muß, zur Kenntnis des dem Kinde bestellten oder aus diesem Anlasse zu bestellenden Vertreters gebracht zu werden (vergl. §§ 8, 9 a. a. O.). Nr. 2375.

Nr. 2369. IV. Sen. 10. Juni 1895. IV. 16. 95. Bd. 36, Nr. 52, S. 207.

Örtliches Recht für die Klage des Ehemannes auf Anfechtung der Ehelichkeit eines von seiner Ehefrau geborenen Kindes. (Preuß. R.). In der Ehe des Klägers ist am 7. September 1884 von seiner Ehefrau während ihres Aufenthaltes in Köln a. Rh. ein Sohn geboren, dessen Ehelichkeit der Kläger durch die am 2. November 1890 erhobene Klage mit dem Antrage anficht, zu erkennen, daß er nicht Vater dieses Kindes sei. Der Kläger befand sich zu der Zeit, als das Kind geboren wurde, auf einem englischen Schiffe auf der Rückreise nach England von Südamerika, wo er im Jahre 1883, auch noch im Jahre 1884 und bis zu seiner Einschiffung, die am 23. August 1884 erfolgte, zu Assuncion in Paraguay seinen Wohnsitz gehabt hatte. In England langte er in Southampton am 19. September 1884 an und blieb dann einige Jahre in London wohnen. Später kehrte er nach Deutschland zurück. Hier will er, während er in Charlottenburg wohnte, zum erstenmal am 11. August 1890 Kenntnis von der Geburt jenes Kindes erhalten und darauf am 4. Oktober 1890 seiner Ehefrau erklärt haben, daß das Kind nicht von ihm sei. Das zuständige Landgericht II in Berlin hat die Klage, das Kammergericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Seine Revision hat keinen Erfolg gehabt. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß nach dem Rechte des Wohnsitzes, den der Ehemann zur Zeit der Geburt des Kindes hatte, sich die Zulässigkeit der Illegitimitätsklage gegen das Kind bestimme, und gelangt auf Grund der im § 16, I. 2 A.G.O. enthaltenen Vorschrift zu der Annahme, daß der Kläger zur

Zeit der Geburt des Kindes noch seinen Wohnsitz in Paraguay hatte. In Anwendung des Art. 254 des dort geltenden Codigo civil de la Republica Argentina, wonach jeder Einspruch des Ehemannes gegen die Ehelichkeit eines während der Ehe von seiner Ehefrau empfangenen Kindes innerhalb sechzig Tagen von dem Tage an geltend gemacht werden muß, an dem er Kenntnis von der Geburt des Kindes erhielt, erachtet der Berufungsrichter die Klage für verspätet und deshalb unzulässig. In dem Ausgangspunkte und dem Schlußergebnisse seiner Begründung ist dem Berufungsgericht beizutreten. Denn da der Ehemann das Haupt der Familie ist und sich deshalb ebenso wie für ihn selbst auch für die übrigen Familienglieder die persönlichen Rechte und Befugnisse nach seinem Wohnsitze bestimmen, zu den Familiengliedern aber jedes in seiner Ehe geborene Kind solange gehört, bis durch Richterspruch das Gegenteil festgestellt ist, so ist mit Recht von dem Berufungsgericht angenommen, daß die Zulässigkeit der Illegitimitätsklage nach dem Rechte des für den Ehemann zur Zeit der Geburt des Kindes bestehenden Wohnsitzes zu beurteilen sei. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hatte der Kläger zur Zeit der Geburt des Kindes am 7. September 1884 seinen bisherigen Wohnsitz Assuncion verlassen und befand sich auf der Rückreise nach England an Bord eines englischen Dampfers, hatte aber einen neuen Wohnsitz noch nicht genommen. Damit sind die Voraussetzungen für die Anwendung des in Paraguay geltenden Rechts gegeben. Der Grund hierfür liegt nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, in der angeblich allein maßgebenden Vorschrift des § 16, I. 2 A.G.O., sondern in den auf gleicher Auffassung beruhenden Bestimmungen des internationalen Privatrechts, wonach der frühere Wohnsitz fortdauert, wenn dieser ohne Begründung eines neuen Wohnsitzes aufgegeben wurde. Nr. 2447. Die Feststellung, daß in Paraguay der Codigo civil de la Republica Argentina gilt und daß dessen Art. 254 den oben angegebenen Wortlaut hat, ist nicht anfechtbar; die Auslegung dieser Gesetzesvorschrift betrifft eine nicht revisible Rechtsnorm.

Nr. 2370. III. Sen. 13. März 1884. III. 339. 83. Bd. 12, Nr. 39, S. 165.

Gegenbeweis gegen die Legitimität eines während der Ehe geborenen Kindes. (Gem. R.). In Fällen, wo eine ungetrennte Gemeinschaft (assiduitas f. l. 6 Dig. de his qui sui 1, 6) der Ehegatten bestanden hat, ist der Gegenbeweis gegen die in den Gesetzen begründete Präsumtion der Legitimität eines während der Ehe geborenen Kindes allerdings beschränkt, weil der geschlechtliche Umgang zweier Ehegatten als die dem Wesen der Ehe entsprechende Regel anzusehen ist. Wo aber die thatsächlichen Voraussetzungen für den Eintritt dieser Regel fehlen, weil die Ehegatten schon seit Jahren sich in Ehedissidien befunden und in getrennten Orten oder Wohnungen gelebt haben, kann die gedachte Präsumtion auch durch den Nachweis entkräftet werden, daß in der kritischen Zeit ein Geschlechtsumgang der Ehegatten nicht stattgefunden hat. Es liegt auch kein gesetzliches Hindernis vor, als ein für jenen Nachweis geeignetes Beweismittel auch den richterlichen Eid anzuerkennen, wenn derselbe im konkreten Falle dazu bestimmt ist, die durch Umstände von erwähnter Art nahe gelegte Annahme, daß der Ehemann seiner Frau nicht beigewohnt habe und deshalb nicht Vater des von ihr geborenen Kindes sein könne, zur rechtlichen Gewißheit zu erheben. Nr. 2373.

Nr. 2371. IV. Sen. 6. Juli 1893. IV. 88. 93. Bd. 31, Nr. 69, S. 304.

Gegenbeweis des Ehemannes gegen sein Anerkenntnis, daß das von seiner Ehefrau geborene Kind von ihm erzeugt sei. (Preuß. R.). Die Beklagte ist am 6. März 1861 von der P., mit der der Kläger in erster Ehe seit dem 9. März 1965 verheiratet war, außerehelich geboren worden. In der gerichtlichen Verhandlung vom 13. Dezember 1869 gab der Kläger die Erklärung ab, daß er die Beklagte mit seiner Ehefrau, der Mutter der Beklagten, erzeugt habe, daß er diesem Kinde alle Rechte eines ehelichen Kindes beilege und daß er es als durch die nachfolgende Ehe seiner Eltern als legitimiert

anerkenne. Jetzt behauptet der Kläger, daß er jene Erklärung nur auf Bitten seiner damaligen Ehefrau abgegeben habe, daß aber in Wirklichkeit nicht er, sondern der Wirtschaftsinspektor E. der Erzeuger der Beklagten sei. Dem Berufungsgericht ist insbesondere darin beizutreten, daß dem vom Kläger abgegebenen gerichtlichen Anerkenntnisse seiner Vaterschaft keine konstitutive, nur durch den Nachweis des Zwanges, Irrtumes oder Betruges zu entkräftende Wirkung beizumessen ist, daß dies Anerkenntnis vielmehr nur als ein Beweismittel für die Abstammung der Beklagten zu betrachten und daß der Gegenbeweis gegen die Richtigkeit der anerkannten Thatsache zulässig ist. Diese Auffassung findet ihre Rechtfertigung in der Erwägung, daß ein Anerkenntnis, auch wenn ihm im Rechtssysteme die Wirkung eines selbständigen Verpflichtungsakts überhaupt beigelegt ist, eine konstitutive Wirkung doch jedenfalls nicht auf Rechtsverhältnisse ausüben kann, die der freien Verfügung der Parteien entzogen sind, und daß zu diesen Rechtsverhältnissen auch die eheliche Verwandtschaft und die Ehelichkeit der Kinder insoweit gehören, als sie die physische Abstammung zur unumgänglichen Voraussetzung für die rechtlichen Wirkungen haben. Diese für einen gemeinrechtlichen Fall von dem Reichsgericht in dem Urteil vom 5. März 1889, Nr. 2417, entwickelte Rechtsanschauung findet in betreff der Legitimation unehelicher Kinder durch nachfolgende Ehe auch in dem Geltungsbereiche des preußischen A.L.R. Anwendnng. Indem § 596, II. 2 A.L.R. vorschreibt, daß, wenn ein Schwängerer die Geschwächte heiratet, das aus dem unehelichen Beischlafe erzeugte Kind die Rechte und Verbindlichkeiten eines ehelichen Kindes erlangt, wird in klarer Wortfassung als notwendige Voraussetzung der Legitimation eines unehelichen Kindes durch nachfolgende Ehe die Erzeugung des Kindes durch die demnächstigen Ehegatten hingestellt. Sollte dem Anerkenntnisse der Vaterschaft seitens des Ehemannes die rechtliche Wirkung beigelegt werden, daß es nicht bloß ein Beweismittel für die Erzeugung durch den Ehemann darstellt, sondern diese Erzeugung, wo sie thatsächlich nicht vorliegt, ersetzt, so würde es, da eine solche Gleichstellung sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht rechtfertigen läßt, einer dahingehenden besonderen Vorschrift bedurft haben, die aber nicht gegeben ist. Die entgegengesetzte Auffassung läßt sich namentlich nicht aus den §§ 16 ff., II. 2 A.L.R. und den §§ 13, 19 des Gesetzes vom 24. April 1854, auch soweit angenommen wird, daß für die daselbst vorgesehenen Fälle dem Anerkenntnisse konstitutive Bedeutung beigelegt ist, herleiten, da aus diesen Vorschriften für während der Ehe geborene Kinder und für die Ansprüche unehelicher nicht legitimierter Kinder Folgerungen für die Legitimation unehelicher Kinder nicht zu ziehen sind. Allerdings kann die Befugnis, das von dem Ehemanne abgegebene Anerkenntnis als unrichtig anzugreifen, nur solchen Personen beigelegt werden, deren Rechte im Falle der Unrichtigkeit des Anerkenntnisses durch die Annahme, das Kind habe die Rechte eines ehelichen Kindes, verletzt werden. Zu diesen Personen gehört aber unbedenklich auch der Ehemann selbst. Die Ansicht der Revision, daß dem anerkennenden Ehemanne der Gegenbeweis der Unrichtigkeit jenes Anerkenntnisses nicht zustehe, weil ihm gegenüber das Anerkenntnis eine stärker bindende Kraft habe, findet in dem Gesetze keine Stütze. Diese Ansicht steht vielmehr, soweit es sich um die hier allein in Betracht kommende Frage handelt, ob das Anerkenntnis dem Anerkennenden gegenüber nicht bloß die Bedeutung eines Beweismittels, sondern darüber hinausgehend konstitutive Wirkung hat, mit dem keine Ausnahme gestattenden Grundsatze in Widerspruch, daß die physische Abstammung die Voraussetzung bildet, ohne welche ein außerehelich geborenes Kind die Eigenschaft eines ehelichen durch nachfolgende Verheiratung seiner Mutter überhaupt nicht erlangen kann. Wäre der Erklärende durch sein Anerkenntnis für unbedingt gebunden zu erachten, so würde dies zu dem auch in dem oben erwähnten Urteile vom 5. März 1889 gemißbilligten Erfolge einer Annahme an Kindesstatt ohne die Beachtung der hierfür im Gesetze vorgeschriebenen auch den Erklärenden selbst schützenden Formen und einschränkenden Bedingungen führen.

Nr. 2372. II. Sen. 4. Juni 1889. II. 102. 103. 89. Bd. 23, Nr. 74, S. 331.

Klage auf Verleugnung des von der Ehefrau vor der Ehe empfangenen Kindes. Art. 314 code civil. (Rhein. R.). Es liegt zwar die Voraussetzung der Verleugnungsklage vor, daß das Kind vor dem 180. Tage nach der Eheschließung geboren ist. Die Klage ist auch binnen der in Art. 316 code civil bestimmten Monatsfrist erhoben. sie ist aber ausgeschlossen, weil dem klagenden Ehemanne vor Eingehung der Ehe die Schwangerschaft der Frau bekannt war. Das Gesetz knüpft den Verlust der Klage nicht an die Voraussetzung, daß der Eheschließende sich mit Recht oder Unrecht für den Urheber der Schwangerschaft angesehen habe. Die Verleugnung des vor der Ehe empfangenen Kindes ist nicht nach Art. 312, sondern allein nach Art. 314 a. a. O. zu beurteilen, und der an die Kenntnis der Schwangerschaft geknüpfte Verlust des Klagrechtes beruht auf der gesetzlichen Vermutung, daß derjenige, welcher mit einer Schwangeren in Kenntnis dieses Umstandes die Ehe eingegangen ist, auf die Verleugnungsklage verzichtet habe.

Nr. 2373. III. Sen. 28. November 1884. III. 166. 84. Bd. 12, Nr. 40, S. 166.

Präsumtion der Vaterschaft des Ehemannes. (Gem. R.). Die in der l. 5 Dig. de in jus voc. 2, 4 aus dem Bestehen der Ehe (nuptiae demonstrant) gefolgerte Präsumtion kann nur das Verhalten der Eheleute in der Ehe zum Gegenstande haben und besagt daher nur, daß ein während der Ehe erzeugtes Kind als von dem Ehemanne erzeugt anzusehen ist. Die Meinung, daß die Präsumtion auf alle während der Ehe geborene Kinder und also auch auf ein vor dem 182. Tage derselben geborenes Kind zu beziehen sei, ist zwar auch für die Abfassung des § 1, II. 2 A.L.R. maßgebend gewesen, darf aber heutzutage für das gemeine Recht als beseitigt gelten. Ein von dem Ehemanne mit seiner nachherigen Ehefrau vor ihrer Ehe erzeugtes Kind kann, auch wenn dasselbe erst während der Ehe geboren ist, die Rechte eines ehelichen Kindes nur im Wege der Legitimation (legitimatio per subsequens matrimonium) erlangen. Vergl. c. 11 Cod. de lib. nat. 5, 27; Nov. 89, cap. 9. Die Frage, ob zur Widerlegung der in l. 12 Dig. de stat. 1, 5; l. 3 §§ 11, 12 Dig. de suis 38, 16 aufgestellten Präsumtion, daß ein von einer Ehefrau frühestens am 182. ihrer Ehe geborenes Kind als ein Kind ihres Ehemannes anzusehen ist, auch der durch einen Schluß aus der Reife des Kindes zu führende Beweis, daß es schon in der Zeit vor Eingehung der Ehe konzipiert sein müsse, und überhaupt der Beweis, daß die Mutter schon im Zeitpunkte der Eingehung der Ehe mit dem Kinde schwanger gewesen sei, rechtlich statthaft ist, ist kontrovers, muß aber verneint werden. Die Vorschrift der gedachten Gesetzesstellen beruht auf einer Verbindung der allgemeinen Präsumtion, daß der Ehemann als der Erzeuger der während der Ehe von seiner Ehefrau konzipierten Kinder zu gelten hat, mit der sich auf die naturgesetzliche Anschauung der Quellen gründenden besonderen Präsumtion, daß ein von der Ehefrau frühestens am 182. Tage der Ehe geborenes Kind als während der Ehe konzipiert zu betrachten ist (justo tempore natum esse). Diese letztere an sich nicht die Person des Erzeugers, sondern nur den Zeitpunkt der Erzeugung betreffende Präsumtion ist in den obigen Gesetzen unbedingt ausgesprochen; sie wird durch den nach l. 6 Dig. de his qui sui 1, 6 gegen die Vaterschaftspräsumtion zulässigen Gegenbeweis, daß die Vollziehung des Beischlafs unter den Eheleuten während der kritischen Zeit der Ehe infolge einer längeren Abwesenheit oder einer vorübergehenden Schwäche oder aus irgend einem anderen Grunde unmöglich oder der Ehemann zeugungsunfähig gewesen sei, nicht berührt und ist auch in keiner anderen Stelle einer Einschränkung unterworfen worden. Eine extensive Interpretation der Vorschriften der l. 6 a. a. O. in dem Sinne, daß der Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft des Ehemannes überhaupt auf jedem nach dem Urteile des zuständigen Richters als hierfür thatsächlich ausreichend anzusehendem Wege und folglich für einen Fall der vorliegenden Art auch vermittelst eines durch die Reife des

Kindes, durch vermeintlich wahrgenommene Anzeichen einer früheren Schwangerschaft oder wie sonst zu führenden Beweises, daß das Kind schon vor der Ehe erzeugt worden sei, erbracht werden dürfe, kann bei der Verschiedenheit der Grundlage beider Präsumtionen um so weniger für statthaft erachtet werden, als in Anbetracht der Unsicherheit der aus allen derartigen Beweisen zu ziehenden Ergebnisse für den Gesetzgeber ein dringender Grund vorhanden war, gegen die von ihm in betreff der Konzeptionszeit aufgestellte Präsumtion, wie auch in neueren Gesetzgebungen geschehen ist (vergl. § 2, II. 2 A.L.R., jedoch § 21 das., Art. 312 code civil. § 1722 sächsisches B.G.B.), einen Gegenbeweis nicht zuzulassen. Nr. 2370.

Nr. 2374. VI. Sen. 31. Januar 1887. IIIa. 331. 86. Bd. 18, Nr. 38, S. 184.

Zulässigkeit der Illegitimitätsklage eines in der Ehe geborenen Kindes. (Gem. R.). Daß im allgemeinen positive und negative Präjudizialklagen wegen der Feststellung von Paternitäts- und ähnlichen Familienverhältnissen zuzulassen seien, konnte nach gemeinem Rechte niemals zweifelhaft sein; insbesondere war eine Beschränkung auf die in den Justinianischen Rechtsbüchern erwähnten Klagen dieser Art weder innerlich zu rechtfertigen noch im Rechtsleben irgend wie anerkannt. Vergl. l. 8 Dig. de prob. 22, 3; l. 1 § 4 Dig. de lib. exh. 3, 30; l. 1 § 16, l. 2, l. 3 pr. § 5 Dig. de agn. et al. lib. 25, 3. Vom gemeinrechtlichen Standpunkte aber läßt sich kein Grund absehen, warum ein Kind gerade dann von der sogen. actio de filiatione negativa ausgeschlossen sein sollte, wenn es damit mittelbar unehelich oder gar im Ehebruche erzeugt zu sein behauptet. Nr. 2376.

Nr. 2375. IV. Sen. 8. Juni 1885. IV. 60. 85. Bd. 13, Nr. 66, S. 276.

Beginn der Frist für die Anfechtung der Rechtmäßigkeit eines Kindes seitens des Ehemannes. (Preuß. R.). Der Sinn der §§ 7ff., II. 2 A.L.R. ist der, daß der Ehemann binnen der einjährigen Frist die Erklärung, daß er das Kind nicht für das seinige anerkenne, abgeben soll, um das Vormundschaftsgericht zu veranlassen, zur Ermöglichung der Anfechtungsklage dem prozeßunfähigen Kinde einen Vertreter zu schaffen. Es kann mit der Erklärung nicht die Erhebung der Anfechtungsklage gemeint sein, es genügt auch, wenn die Erklärung dem Gerichte nur schriftlich eingereicht ist. Erst mit der Bestellung eines Pflegers für das Kind, dessen Legitimation angefochten werden soll, wird die Erhebnng der Anfechtungsklage möglich. Es ist daher unerheblich, wenn die Bestellung des Pflegers und die Erhebung der Klage erst nach Ablauf der Frist erfolgt ist. Die nach § 7 a. a. O. abzugebende Erklärung ist als eine gerichtliche Protestation im Sinne der §§ 466, 467, I. 14 A.L.R. aufzufassen, deren gerichtliche Bekanntmachung an den Gegenteil der Ehemann zugleich zu veranlassen hat. Nr. 2368.

Nr. 2376. IV. Sen. 3. Juli 1890. IV. 76. 90. Bd. 26, Nr. 58, S. 305.

Negative Filiationsklage. §§ 1—18, II. 2 A.L.R. (Preuß. R.). Die Frage, ob dem in der Ehe geborenen Kinde die sogen. negative Filiationsklage zustehe, ist für einen nach gemeinem deutschen Rechte zu beurteilenden Fall bejaht worden Nr. 2374. Für das preußische A.L.R. ist die Frage zu verneinen. Die §§ 2—18, II. 2 A.L.R. handeln nur von dem Anfechtungsrechte des Ehemannes, der Verwandten des Ehemannes und der Lehns- und der Fideikommißanwärter. Das Anfechtungsrecht des Ehemannes ist in betreff der Beweislast (§§ 2—6) erheblich erschwert und in betreff der Frist (§§ 7, 8) erheblich beschränkt; das Anfechtungsrecht der Verwandten des Ehemannes ist von dem Anfechtungsrechte des Ehemannes so sehr abhängig, daß, wenn der Ehemann ausdrücklich oder stillschweigend (namentlich auch infolge des Ablaufes der Frist) das Kind für das seinige anerkannt hat, die Verwandten des Ehemannes die Rechtmäßigkeit des Kindes nicht mehr anfechten können (§§ 14—16). Ebenso sind auch die Lehns- und die Fideikommißanwärter nur innerhalb einer bestimmten Frist zur

Ausübung ihres Anfechtungsrechts befugt (§§ 17, 18). Weitere Bestimmungen über andere anfechtungsberechtigte Personen enthält das Gesetz nicht. Die Materialien weisen darauf hin, daß diese gesetzlichen Bestimmungen (§§ 1—18) eine sichere Feststellung des Familienstandes bezwecken.

Unterhaltspflicht.

Nr. 2377. IV. Sen. 4. Januar 1887. IV. 217. 86. Bd. 17, Nr. 53, S. 223.

Statutenkollision bei Alimentationspflicht. (Preuß. R.). Die auf dem Familienbande beruhende Verpflichtung zur Gewährung des Unterhaltes bestimmt sich nach dem am Wohnsitze des Verpflichteten, nicht nach dem am Wohnsitze des Berechtigten geltenden Rechte. Aus § 23 Einl. A.L.R. kann die Frage nicht entschieden werden, da sich der als verpflichtet Angesprochene für die Beurteilung seiner persönlichen Eigenschaften und Befugnisse mit nicht geringerem Recht auf das an seinem Wohnsitze geltende Gesetz berufen kann, als der den Anspruch Erhebende auf das an dem seinigen geltende Recht. Es ist aber ein ausreichender Grund, auf die familienrechtlichen Beziehungen des in Anspruch Genommenen und die davon abhängigen persönlichen Verpflichtungen ein anderes Recht als das am Wohnsitze des angeblich Verpflichteten anzuwenden, überall nicht auffindbar. Nr. 2378.

Nr. 2378. IV. Sen. 19. November 1896. IV. 254. 96. Bd. 38, Nr. 74, S. 273.

Örtliches Recht für den gesetzlichen Anspruch auf Unterhaltsgewährung zwischen Geschwistern. (Preuß. R.). Die auf § 15, II. 3 A.L.R. gestützte Klage auf Gewährung des notdürftigen Unterhalts ist in den Vorinstanzen abgewiesen. Auch die Revision der Klägerin ist zurückgewiesen. Die Vorentscheidung beruht wesentlich auf der Annahme, daß die Klägerin den Unterhaltsanspruch gegen ihre Geschwister nur dann haben würde, wenn solcher ihr auch nach österreichischem Recht zustände, daß es an dieser Voraussetzung aber fehle, da das österreichische B.G.B. eine Unterhaltspflicht zwischen Geschwistern nicht kenne. Soweit die Erwägung auf den Inhalt des österreichischen Rechts sich bezieht, ist sie der Revision entzogen, da diese auf Verletzung einer ausländischen Rechtsnorm nicht gestützt werden kann. Nr. 3556. Nr. 2412. Nr. 3548. Nr. 1932. Nr. 3250. Es fragt sich daher nur, ob das Berufungsgericht zur Berücksichtigung des österreichischen Rechts überhaupt befugt gewesen ist. Diese Frage ist zu bejahen. Das vormalige preußische Obertribunal hat auf einen Rechtsfall, in welchem der Kläger, der im Bezirke eines die gesetzliche Unterhaltspflicht der Geschwister nicht anerkennenden Rechts wohnte, die Alimentationsklage gegen seine im Bereiche des preußischen A.L.R. wohnenden Geschwister erhoben hatte, das am Wohnsitze des Klägers geltende Recht zur Anwendung gebracht, indem es annahm, daß der Klaganspruch ein auf dem Familienverhältnisse beruhendes Recht betreffe und als solcher gemäß § 23 Einl. zum A.L.R. nach dem Gesetze am Wohnsitze des Berechtigten zu beurteilen sei (Entscheidungen des Obertribunals Bd. 56, S. 8). Das Reichsgericht hat in zwei Fällen, in denen von einer im Geltungsgebiete des preußischen A.L.R. wohnenden Person gegen Geschwister, an deren Wohnsitz eine gesetzliche Alimentationspflicht unter Geschwistern nicht bestand, auf Erfüllung einer solchen Pflicht geklagt war, ausgeführt, daß im Sinne des § 23 a. a. O. für die Beurteilung der persönlichen Rechtsbeziehungen der Beklagte sich mit nicht minderem Rechte als der Kläger auf das Gesetz seines Wohnsitzes beziehen könne und daß somit der § 23 eine zur Entscheidung des Rechtsstreits geeignete Norm nicht ergebe, Nr. 2377 und Gruchot, Beiträge Bd. 31, S. 874. Hiervon ausgehend nimmt das Reichsgericht auch für den jetzigen Streitfall an, daß dessen Beurteilung sich nicht auf Grund des § 23 a. a. O. erzielen läßt, vielmehr dafür ein anderer Gesichtspunkt, nämlich der des geschwisterlichen Familienbandes, maßgebend sein muß. Dies Band setzt, da es in der gegenseitigen Blutsverwandtschaft wurzelt, seiner Natur nach die Gegenseitigkeit der vom Gesetze daran geknüpften Rechte und Pflichten voraus, ein Gesichts-

punkt, der im preußischen A.L.R. auch Ausdruck in dem Marginale der §§ 14 ff., II. 3 gefunden hat. Von diesem Gesichtspunkte gebietet sich aber für solche Fälle, wo Jemand seine Geschwister auf Grund des an deren Wohnsitze geltenden Rechts wegen Unterhaltsgewährung in Anspruch nimmt, die Voraussetzung, daß die Beklagten im Falle ihrer Bedürftigkeit vom Kläger vermöge des an seinem Wohnsitze geltenden Rechts Unterhalt zu fordern ebenfalls in der Lage sein würden.

Nr. 2379. I. Sen. 9. April 1881. I. 94. 80. Bd. 4, Nr. 44, S. 149.

Alimentationspflicht; solidarische Haftung mehrerer Verpflichteter. Voraussetzungen des Anspruches. (Reichs- und gem. R.). Nach gemeinem Rechte besteht eine solidarische Verbindlichkeit der mehreren alimentationspflichtigen Verwandten. Es entspringt hier nicht etwa aus demselben Entstehungsgrunde eine gemeinsame Verpflichtung der mehreren Schuldner, weshalb die Regel des gemeinen Rechts, wonach in solchen Fällen eine teilbare Verbindlichkeit sich teilt, ganz abgesehen von der Frage, welchen Einfluß die zunächst stattfindende Unteilbarkeit der Verpflichtung zur Naturalalimentation hier haben würde, keine Anwendung finden kann. Wie vielmehr von mehrere Mandatoren jeder aus seinem besonderen Mandate ganz haftet, l. 21 l. 59 § 3 Dig. mand. 17, 1; l. 52 § 3 Dig. de fidej. 46, 1, so entsteht auch hier für jeden einzelnen die Verpflichtung aus dem besonderen Grunde seines Verwandtschaftsverhältnisses und seiner Fähigkeit zur Alimentation. Es ist ebendeswegen auch der Gegenstand der Verbindlichkeit mehrerer Alimentationsverpflichteter nicht einmal notwendig ganz derselbe, in dem jeder in dem durch seine besondere Lage gegebenen Umfange zu alimentieren verpflichtet ist. — Der Inhalt des Anspruches des Armenverbandes aus § 62 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870 auf Erstattung ist zu bemessen nach demjenigen des Alimentationsanspruches, der dem Unterstützten auf Grund der Blutsverwandtschaft gegen den Beklagten zusteht. Die Frage nach der Beweislast, nämlich ob der Nachweis der Leistungsfähigkeit des als alimentationspflichtig in Anspruch Genommenen zur Begründung der Klage gehört oder ob der Beklagte nur eine Einrede aus seiner Leistungsunfähigkeit hernehmen kann, ist allerdings zunächst nach preußischem A.L.R. vom vormaligen preußischen Obertribunal bei Seuffert, Archiv Bd. 1, Nr. 233 in letzterem Sinne beantwortet worden. Das römische Recht stellt jedoch nach der richtigen Auffassung die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten als Voraussetzung des Alimentationsanspruches hin. l. 5 §§ 13, 15, 26 Dig. de agn. et al. 25, 3. c. 2 Cod. de al. lib. 5, 25; Nov. 117 cap. 7. Dabei kommt es aber nicht ausschließlich auf die Vermögens-, sondern auch auf die Erwerbsverhältnisse des Beklagten an.

Nr. 2380. III. Sen. 10. Mai 1881. III. 419. 81. Bd. 4, Nr. 60, S. 208.

Vergleich über künftige Alimente. Alimentationspflicht der Erben des Kindes gegenüber der bedürftigen Mutter. (Gem. R.). Gemeinrechtlich bedarf ein Vergleich über noch nicht fällige Alimente, die auf Grund unmittelbarer gesetzlicher Bestimmung zu verabreichen sind, nach der allgemeinen Vorschrift der c. 8 Cod. de transact. 2, 3 zu seiner Gültigkeit der richterlichen Prüfung und Bestätigung. Die l. 8 § 2 Dig. de transact. 2, 15 gestattet nur außergerichtliche Vergleiche über solche Alimente, welche auf Vertrag bezw. Schenkung unter Lebenden beruhen. Nach l. 5 §§ 2, 16 Dig. de agn. et al. 25, 3; c. 8 § 5 Cod. de bon. quae lib. 6, 61 erscheint die gegenseitige Unterhaltungspflicht der Eltern und Kinder als eine im Rechte der Natur und der Blutsverwandtschaft begründete Zwangspflicht, die so oft zur Entstehung gelangt, als die erforderlichen Voraussetzungen dazu vorliegen; auf einen derartigen Anspruch kann weder überhaupt noch gegen eine zum Unterhalte unzulängliche Abfindung zum voraus verzichtet werden. — Der Regel nach geht die Alimentationspflicht als eine höchst persönliche Verbindlichkeit nicht auf die Erben des Verpflichteten als solche über. Die l. 5 § 17 Dig. de agnosc. et al. lib. 25, 3 macht jedoch eine Ausnahme zu Gunsten

des **höchst bedürftigen Vaters**. Diese muß auch zu Gunsten der Mutter gelt[en]. l. 195 pr. Dig. de V. S. 50, 16; l. 5 § 2 Dig. de agn. et al. lib. 25, 3. Das Ge[-]setz läßt die Erben der vermöge des Pietätsverhältnisses alimentationspflichtig[en] Kinder **ausnahmsweise** dann in die Obligation der Letzteren **eintrete[n]**, **wenn sich die Eltern in großer Dürftigkeit befinden**. Zur Entsteh[ung] der Alimentationspflicht der Erben des Kindes wird allerdings ein **größeres** Ma[ß] von Unterhaltungsbedürftigkeit vorausgesetzt, als der Mangel an ausreichenden Mitte[ln] zum Lebensunterhalte nach den konkreten Verhältnissen.

Nr. 2381. III. Sen. 8. Oktober 1881. III. 57. 81. Bd. 5, Nr. 40, S. 151.

Alimentationsanspruch des Kindes gegen seine Eltern. Gründe für die Ver[-]sagung der Alimente. (Gem. R.). Die früher sehr verbreitete Meinung, daß [das] **natürliche** Recht unter keinen Umständen dem Vater gestatte, sein hilfloses Ki[nd] **gänzlich** zu verstoßen, und daß man deshalb unterscheiden müsse zwischen dem Anspru[ch] auf den **notdürftigsten** Lebensunterhalt (alimenta naturalia), den der leistungsfäh[ige] Vater seinem hilflosen Kinde auch ungeachtet der schwersten Verschuldung gewähre[n] müsse, und dem Anspruche auf einen **reichlicheren** nach Stand und Vermögen z[u] bemessenden Unterhalt (alimenta civilia), der wegen unkindlichen Verhaltens versag[t] werden dürfe, ist in der neueren Litteratur größtenteils aufgegeben und auch nicht z[u] billigen. Der Alimentationsanspruch kann **gänzlich** verwirkt werden durch grob[e] Verletzung der Kindespflicht. l. 5 § 11 Dig. de agn. et al. lib. 25, 3; c. 4 Cod. de al. lib. 5, 25. Die Frage, ob eine von einem Kinde gegen seinen Vater begangene Verschuldung dem Vater einen ausreichenden Grund giebt, dem hilfsbedürftigen Kinde die Alimente zu versagen, ist durch die cit. l. 5 § 11 in das richterliche Ermessen ver[-]stellt. — Die für den Umfang der Alimentationspflicht maßgebende Leistungsfähigkeit des Pflichtigen ist nicht bloß nach der Höhe seines Einkommens zu beurteilen, sondern es kommt dabei auch der Bestand seines Kapitalvermögens in Betracht; es ist überhaupt nicht unzulässig, ihm behufs Erfüllung dieser Pflicht einen Aufwand aus seinem Kapital[-]vermögen anzusinnen; es darf ihm jedoch nicht zugemutet werden, das letztere in solchem Maße anzugreifen, daß er sich selbst fortan von der Gefahr der Verarmung bedroht sehen müßte.

Nr. 2382. IV. Sen. 2. Mai 1889. IV. 31. 89. Bd. 24, Nr. 46, S. 217.

Alimentationspflicht ehelicher und unehelicher Kinder derselben Mutter gegen[-]einander. (Preuß. R.). Das Berufungsgericht hat angenommen, die Parteien seien nach dem maßgebenden märkischen Provinzialrechte als Halbgeschwister miteinander ver[-]wandt, aber es beurteilt die Frage der Alimentationspflicht des Beklagten (ehelichen Sohnes der Mutter des unehelich von ihr geborenen Klägers), da gemeinrechtlich die Alimentationspflicht der Geschwister streitig sei und schon zur Zeit der Emanation des Landrechts streitig gewesen sei, nach diesem Gesetzbuche und erachtet, da nach dem Land[-]rechte zwischen unehelichen Kindern und den von der Mutter in der mit einem anderen Vater geschlossenen Ehe erzeugten Kindern keine Familienverbindung besteht, den kläge[-]rischen Anspruch als unbegründet. Der auf Verletzung des § 17, II. 3 A.L.R. ge[-]stützte Revisionsangriff verkennt, daß nach dem Zusammenhange des § 17 a. a. O. mit den vorangehenden Bestimmungen die Reihenfolge der gesetzlichen Erbberechtigung für die Reihenfolge der Alimentationsverpflichteten nur **unter den Familiengliedern** entscheidet, daß aber zwischen unehelichen Kindern und denjenigen, welche die Mutter in der mit einem anderen Vater geschlossenen Ehe erzeugt, ein bürgerliches Familien[-]verhältnis nicht besteht (§ 8 a. a. O.). Eine Alimentationspflicht zwischen ehelichen und unehelichen Kindern derselben Mutter besteht weder nach gemeinem noch nach dem Land[-]rechte. Nur die Gründe sind nach beiden Rechten verschieden. Das gemeine Recht ver[-]neint die Alimentationspflicht aus dem Grunde, weil dasselbe eine Alimentationspflicht

der Geschwister überhaupt nicht kennt, das Landrecht dagegen aus dem Grunde, weil danach zwar Geschwister alimentationspflichtig sind, zwischen ehelichen und unehelichen Kindern derselben Mutter aber ein Familienverhältnis nicht besteht.

Nr. 2383. II. Sen. 15. März 1892. II. 24. 92. Bd. 29, Nr. 77, S. 315.

Pflicht zur Gewährung des Unterhaltes an bedürftige Schwiegereltern. Art. 205, 206 code civil. (Rhein. R.). Die Frage, ob Schwiegerkindern in gleicher Linie mit Kindern bedürftiger Eltern die Pflicht zu deren Unterhaltung obliegt oder ob sie nur subsidiarisch haften, ist bestritten, aber in Übereinstimmung mit dem Oberlandesgericht in ersterem Sinne zu beantworten. Entscheidend ist hierfür der Wortlaut des Gesetzes Art. 205, 206 code civil, welch letzterer auf dem Grundsatze beruht „la parenté de l'alliance imite la parenté du sang". Der Wortlaut des Gesetzes findet auch in dessen Entstehung seine volle Bestätigung.

Nr. 2384. IV. Sen. 4. Januar 1887. IV. 217. 86. Bd. 17, Nr. 53, S. 223.

Gesetzliche Verpflichtung zur Gewährung des Unterhaltes. (Preuß. R.). Hilfsbedürftigkeit als Voraussetzung des Alimentationsanspruches ist vorhanden, wenn der den Anspruch Erhebende kein eigenes Vermögen besitzt, auch nicht imstande ist, sich durch Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben. Dies Erfordernis kann nicht darum als ausgeschlossen angesehen werden, weil der Kläger auf Kosten der städtischen Armendirektion (Vertreterin des Ortsarmenverbandes) in der städtischen Irrenanstalt untergebracht ist. Diese Unterbringung und die Bestreitung der Kosten durch die Armendirektion weist vielmehr gerade auf die Bedürftigkeit des Klägers hin. Die Frage ferner, ob das Klagrecht gegen die Geschwister auf Gewährung des notdürftigen Unterhalts solange beseitigt ist, als die Armendirektion dem Kläger Unterhalt gewährt, ist zu Gunsten des Klägers zu beantworten. Mit der Klage wird die privatrechtliche auf dem Familienbande beruhende Alimentationspflicht geltend gemacht. Dieser Verbindlichkeit wird die von der Armendirektion auf Grund des § 2 des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870 geübte öffentliche Unterstützung des Klägers gegenübergestellt. Beide Verpflichtungen (§ 15, II. 3 A.L.R. und § 1 des Gesetzes betreffend die Ausführung des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom 8. März 1871) können den gleichen Gegenstand haben, allein die öffentliche Unterstützung eines Hilfsbedürftigen ist ihrer inneren Natur nach dazu bestimmt, zur Aushilfe zu dienen, wenn entweder privatrechtlich Verpflichtete nicht vorhanden sind oder wenn und solange sie ihrer Alimentationspflicht thatsächlich nicht nachkommen. Die Letzteren können daher aus dem Umstande, daß die Bedürftige diejenige Hilfeleistung, zu welcher sie selbst verbindlich gemacht werden sollen, aus den Mitteln der öffentlichen Armenpflege erhält, eine Einrede gegen die Alimentenklage nicht herleiten. Aber in Ansehung der älteren als der seit der Klagzustellung laufenden Alimente greift die Rechtsregel Platz, daß dem Hilfsbedürftigen für die Zeit, in welcher er seinen Unterhalt von anderer Seite empfangen hat, ein Alimentationsanspruch gegen den Alimentationspflichtigen nicht zusteht.

Nr. 2385. IV. Sen. 5. November 1894. IV. 174. 94. Bd. 34, Nr. 52, S. 212.

Unterhaltspflicht des ehelichen Vaters gegenüber seinen unmündigen Kindern, die sich bei der getrennt von ihm lebenden, aber nicht von ihm geschiedenen Mutter aufhalten. (Preuß. R.). Die beiden noch nicht vier Jahre alten ehelichen Kinder des Beklagten, die sich bei ihrer von ihm getrennt lebenden, aber nicht gerichtlich geschiedenen Mutter befinden, haben gegen ihn durch den ihnen bestellten Pfleger auf Zahlung von wöchentlich 7 Mk. Alimenten geklagt. Das Landgericht hat dem Antrage in Höhe von 6 Mk. für die Zeit bis zum zurückgelegten vierten Lebensjahre der Kinder stattgegeben, für die spätere Zeit aber den Beklagten lediglich seinem Anerkenntnisse gemäß verurteilt,

32*

die Kinder bei sich aufzunehmen, sie bis zu ihrer Selbständigkeit zu ernähren und für ihre Erziehung zu sorgen; im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die vom Pfleger eingelegte Berufung zurückgewiesen. Auf die Revision des Pflegers der Kläger ist das Berufungsurteil aufgehoben. Wenn auch davon auszugehen ist, daß der Vater, der nach § 65, II. 2 A.L.R. hauptsächlich die Kosten der Verpflegung des Kindes hergeben muß, die Verpflegung der Regel nach durch Hergabe des Naturalunterhaltes in seiner Wohnung zu gewähren verpflichtet ist, so kann doch diese Regel dann nicht zur Anwendung kommen, wenn das Kind sich ohne seine Schuld außerhalb der väterlichen Wohnung aufhält. In diesem Falle ist der Vater verpflichtet, dem Kinde den Unterhalt an dem Orte seines außerhalb der väterlichen Wohnung befindlichen Aufenthaltes zu gewähren und, da dort durch die Trennung der häuslichen Gemeinschaft die Naturverpflegung unausführbar ist, die für den Unterhalt erforderlichen Geldbeträge zu zahlen. Die Voraussetzung, daß sich das Kind ohne seine Schuld außerhalb der väterlichen Wohnung aufhält, trifft bei einem Unmündigen, der sich bei der vom Vater getrennt lebenden Mutter befindet, zu, da jener einen eigenen Willen, vermöge dessen er die Mutter verlassen und zum Vater zurückkehren kann, nicht hat. Der dem Kinde zur Geltendmachung des Alimentationsanspruchs bestellte Pfleger ist zu einer Willensäußerung über den Aufenthaltsort des Kindes ebensowenig berufen. Auch kann der Vater aus dem § 70, II. 2 A.L.R. keinen Grund zur Weigerung der Zahlung von Unterhaltsgeldern entnehmen, da es seine Sache ist, zunächst durch Vermittelung der Vormundschaftsbehörde in vollstreckbarer Form sein Recht auf die Erziehung der Kinder in seiner Häuslichkeit feststellen zu lassen (§§ 72, 73 a. a. O.).

Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

Nr. 2386. I. Sen. 22. April 1882. I. 258. 82. Bd. 10, Nr. 32, S. 113.

Klage der Eltern auf Auslieferung des Kindes. (Gem. R.). In den Quellen des gemeinen Rechts sind zunächst dem Inhaber der väterlichen Gewalt Klagen wegen Vorenthaltung der Person des Kindes gegeben, diese dann aber aktiv auf die Eltern als solche, auch abgesehen von dem besonderen Rechte der väterlichen Gewalt, insbesondere auf die Mutter, analog ausgedehnt. Vergl. c. 2, 3 Cod. de lib. exh. 8, 8. Die Einrede des Beklagten, des mütterlichen Großvaters des Kindes, daß die Kläger ihm und seiner Ehefrau das Kind bis zur Konfirmation vertragsmäßig zur Erziehung überlassen hätten, ist mit Recht verworfen. Zwar nicht der Abschluß eines solchen Vertrages, wodurch über die Ausübung des zugleich eine sittliche Pflicht in sich schließenden elterlichen Erziehungsrechts im voraus paktiert wird, wohl aber seine Durchführung mittels Rechtszwanges würde gegen die guten Sitten verstoßen. Die weitere Einrede, daß das eigene Interesse des Kindes sein Verbleiben bei dem Beklagten erfordere, ist zu Recht deshalb verworfen, weil der Beklagte aus dem Interesse des Kindes überhaupt keine Einrede hernehmen kann. Dergleichen Gesichtspunkte könnten nur von Belang werden, wenn die Eltern untereinander über das Kind prozessieren. Vergl. l. 1 § 3, l. 3 § 5 Dig. de lib. exh. 43, 20. Nr. 2388. Nr. 2387. Nr. 2367. Nr. 2716. Nr. 2424. Nr. 2389.

Nr. 2387. VI. Sen. 7. März 1887. IIIa. 386. 86. Bd. 18, Nr. 39, S. 186.

Erziehungsrecht des Vaters und der Mutter. (Gem. R.). Nach gemeinem deutschen Rechte steht dem Vater ein Anspruch auf Auslieferung gegen jeden Dritten, welcher ihm sein Kind vorenthält, an sich zu, zunächst als dem Inhaber der väterlichen Gewalt, sodann aber auch abgesehen davon. Nr. 2386. Die von der Beklagten (Mutter der Kinder) erhobene aus dem Interesse der Kinder hergeleitete Einrede ist an sich mit Recht verworfen, denn wenn man auch aus l. 1 § 3, l. 3 § 5 Dig. de lib. exh. 43, 30 und c. 3 Cod. de al. lib. 5, 25 den Rechtssatz entnehmen will, daß in gewissen Ausnahmefällen die Mutter selbst ohne Rücksicht auf eine vollzogene oder gerichtlich an-

gestrebte Scheidung die Kinder dem Vater vorenthalten dürfe, so wird man doch jedenfalls dies als eine Singularität in engen Grenzen halten müssen und nur in extremen Fällen den Anspruch des Vaters in dieser Weise scheitern lassen dürfen. Aber die Beklagte hat in der Berufungsinstanz die Behauptung vorgebracht, sie habe inzwischen gegen den Kläger eine Klage auf Trennung von Tisch und Bett erhoben und bei der materiellen Beurteilung der Sache hat das Oberlandesgericht zu Unrecht eine Berücksichtigung des anhängigen Eheprozesses für den vorliegenden Rechtsstreit abgelehnt. Gerade für die Zeit des Scheidungsprozesses greift das freiere richterliche Ermessen bei Bestimmung des Habens der Kinder Platz. Wenn es nach § 575 Abs. 2 C.P.O. auch nicht gestattet ist, diese Frage in den Eheprozeß hineinzuziehen, wie es sonst üblich war (Nr. 2308. Nr. 3659), so kann doch mit Rücksicht auf einen schwebenden Eheprozeß nach § 584 C.P.O. eine einstweilige Verfügung, wie über die Alimente, so auch über die Kinder erlassen werden, und ferner muß es folgerichtig für zulässig erachtet werden, die Wirkung einer solchen einstweiligen Verfügung sich auch ohne Weiteres schon durch Vorschützung einer Einrede gegen die Klage auf Auslieferung der Kinder zu verschaffen, gerade wie es zulässig ist, Gründe, die zu einer temporären Trennung der Ehe berechtigen, auch ohne Anstellung einer Klage auf eine solche, ja ohne Erwirkung einer einstweiligen Verfügung wegen vorläufiger Trennung nach § 584 C.P.O. lediglich einredeweise der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gegenüber geltend zu machen. Nr. 2207. Nr. 2388. Nr. 2716. Nr. 2320.

Nr. 2388. III. Sen. 21. Dezember 1886. III. 207. 86. Bd. 17, Nr. 31, S. 129.

Recht der Mutter auf Überlassung eines Kindes. (Gem. R.). Die von der Klägerin angezogenen Verträge sind nicht geeignet, ein Klagrecht der Mutter auf Herausgabe ihrer Tochter gegen den Ehemann und Vater zu begründen. Sie sind unmittelbar gegen den Bestand der Ehe gerichtet und entziehen in untrennbarer Verbindung mit dem gegen öffentliches Recht verstoßenden durchaus nichtigen Abkommen über dauernde thatsächliche Trennung der Ehegatten dem Vater in Ansehung seiner Kinder Rechte, auf welche er, selbst der Mutter gegenüber, rechtsgültig nicht ohne Weiteres verzichten kann. Nr. 2386. Dagegen folgt das Klagrecht der Mutter aus den vom Berufungsrichter festgestellten Umständen des Falles nach gesetzlicher Vorschrift. Das Recht der Erziehung ist zwar nach römischem Recht ein Ausfluß der väterlichen Gewalt, und es steht demnach der Anspruch auf Herausgabe des Kindes an sich nur dem Vater zu, wenn er auch Dritten gegenüber in Anwendung (ad instar) dieses Interdikts in c. 2, 3 Cod. de lib. exh. 8, 8 der Mutter eingeräumt wird. Gegenüber dem Vater und dem Ehemann helfen die Gesetze der Mutter und Ehefrau nur durch eine Einrede (l. 1 § 3, l. 3 § 5 Dig. de lib. exh. 43, 30). Allein nach heutiger Rechtsanschauung ist das Erziehungsrecht ein gemeinschaftliches Recht beider Eltern mit bevorzugter Stellung des Vaters, und es muß bei gefährdetem Interesse des Kindes in allen Fällen, in welchen die Gesetze der Mutter eine Einrede gegen die Exhibitionsklage des Vaters gewähren, ihr auch durch eine selbständige Klage geholfen werden. Diese Klage ist nicht durch einen anhängigen Ehescheidungsprozeß bedingt, vielmehr kann solche die Mutter auch bei bloß thatsächlicher Trennung von ihrem Ehemanne anstellen, wenn diese Separation durch gesetzliche Gründe gerechtfertigt und von dem Richter im kontradiktorischen Verfahren gestattet wird. Wenn der Vorderrichter unter den festgestellten Umständen zu dem Ergebnisse gelangt, daß die Trennung der Klägerin von ihrem Ehemanne eine gerechtfertigte ist und daß das Wohl des Kindes erheischt, es dem Einflusse seines Vaters zu entziehen, so ist hierin ein Rechtsirrtum nicht zu finden. Nr. 2387. Nr. 2367. Nr. 2716. Nr. 2389.

Nr. 2389. VI. Sen. 11. Juni 1896. VI. 51. 96. Bd. 37, Nr. 50, S. 189.

Klage aus einem von geschiedenen Eheleuten geschlossenen Vertrage über das Recht der Erziehung ihrer Kinder. (Gem. R.). Die Ehe der Parteien ist durch

Urteil vom 3. Dezember 1894 wegen Verschuldens der Klägerin vom Bande geschieden, der Verbleib und die Erziehung der drei gemeinsamen Kinder sodann durch einen am 11. Februar 1895 unter den Parteien schriftlich geschlossenen Vertrag geregelt worden. Auf diesem Vertrage beruht einerseits der klagend erhobene Anspruch auf wöchentliche Zuführung des Sohnes, andererseits der Widerspruch der Klägerin gegen den auf Auslieferung der Töchter gerichteten Widerklagantrag, der, da die Klägerin als der an der Ehescheidung schuldige Teil erscheint, an sich nach Nov. 117 cap. 7 begründet sein würde. Da die Sache in den vorigen Instanzen auf Grund des Vertrages zu Gunsten der Klägerin entschieden ist, so ist jetzt die Hauptfrage die, ob das Berufungsgericht mit Recht den Vertrag als rechtsgültig behandelt hat. Der Revisionskläger bestreitet dies, weil der Erziehungsberechtigte nach gemeinem Recht nicht in bindender Weise auf sein Erziehungsrecht verzichten oder darüber paktieren könne. Das Letztere ist insofern allerdings richtig, als der Berechtigte sein Erziehungsrecht auf beliebige dritte Personen nicht mit Rechtswirkung ganz oder teilweise übertragen kann. Nr. 2386. Aber anders liegt die Sache im Verhältnis zwischen den Eltern, denen im gewissen Sinne das Erziehungsrecht von vornherein gemeinschaftlich zusteht. Zwar geht an und für sich im Streitfalle das Recht des Vaters vor; aber je nach den Umständen kann es ausnahmsweise, namentlich in Scheidungsfällen, durch das Recht der Mutter zurückgedrängt werden. Daher bildet zwischen den beiden Eltern das Erziehungsrecht unter Umständen den Gegenstand einer von einer gewissen Freiheit des Ermessens abhängigen richterlichen Zusprechung, und ebendeshalb eignet es sich im Verhältnis zwischen den Eltern auch zu einer Regelung durch Vergleich und folglich überhaupt durch Vertrag. Einen solchen Vertrag zwangsweise aufrecht zu halten, hat nichts den guten Sitten Widerstreitendes. Auf abweichendem Standpunkte stehen die Motive zu dem Entwurfe des D.B.G.B. Bd. 4, S. 627 ff. zu § 1456 erster Lesung, der auch selbst, wie nicht minder der § 1479 zweiter Lesung und der § 1613 des dem Reichstage vorgelegten Entwurfes, Verträgen der Ehegatten untereinander hier keinen Raum zu lassen scheint; aber nach richtiger Ansicht ist vom Standpunkte des geltenden gemeinen Rechts aus gegen die Rechtswirksamkeit solcher Verträge nichts einzuwenden. Nr. 2367. Nr. 2388. Höchstens ließe sich bezweifeln, ob auch ein persönlicher Anspruch des einen Elternteils gegen den anderen auf Gewährung eines bestimmten Maßes persönlichen Verkehres mit dem Kinde durch Vertrag begründet werden könne. Wenigstens hat z. B. das frühere Oberappellationsgericht in Lübeck ausgesprochen, daß es unmittelbar nach dem Gesetze einen privatrechtlichen Anspruch solchen Inhalts gegen den des Erziehungsrechts teilhaftigen geschiedenen Ehegatten nicht gebe, daß ein unpassendes Verhalten des Letzteren in dieser Hinsicht vielmehr höchstens Anlaß zu einem obervormundschaftlichen Einschreiten geben könne. Allein hierin würde doch keinenfalls ein Grund liegen, auch eine besondere vertragsmäßige Zusicherung solchen Inhalts für ungültig zu erklären, da nach heutigem Rechte auch familienrechtliche Leistungen den Gegenstand obligatorischer Verträge bilden können, wie sich namentlich an der Klagbarkeit des Verlöbnisses zeigt. Nr. 2186. Nr. 2188. Vom Beklagten ist noch eingewendet worden, daß der Vertrag durch die Wiederverheiratung der Klägerin seine Geltung verloren habe. Richtig ist, daß nach gemeinem Recht durch eine solche die Mutter auch dann das Erziehungsrecht verliert, wenn es ihr bis dahin gesetzlich zustand. Die Nov. 117 cap. 7 bestimmt, daß auch, falls der Mann bei der Ehescheidung der schuldige Teil war, doch durch die Wiederverheiratung seiner geschiedenen Frau das Erziehungsrecht auf ihn übergehen soll. Dies würde an sich auch wohl bei vertragsmäßiger Überlassung des Erziehungsrechts an die Frau entsprechend anzuwenden sein. Allein das Oberlandesgericht hat in zutreffender und keinenfalls gegen eine Rechtsnorm verstoßender Weise aus den §§ 3, 4 des Vertrages die im voraus erklärte Willensmeinung der Kontrahenten entnommen, daß die Klägerin auch im Falle ihrer Wiederverheiratung die Erziehung der beiden Töchter in ihrer Hand behalten solle. Endlich hat der Beklagte

gemeint, wegen der Persönlichkeit des jetzigen Ehemannes der Klägerin vom Vertrage wieder abgehen zu können. Es ist allerdings nicht zu bezweifeln, daß ein Vertrag wie der vorliegende insoweit seine Geltung verliert, als ein überwiegendes Interesse der Kinder von ihm abzugehen gebietet. Nach den thatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts liegt jedoch ein solcher Fall nicht vor.

Nr. 2390. I. Sen. 12. November 1881. I. 153. 81. Bd. 6, Nr. 74, S. 265.

Voraussetzungen der Aufhebung der väterlichen Gewalt. § 212[a], II. 2 A.L.R. (Preuß. R.). Der Betrieb eines eigenen Gewerbes kann vorliegen, wenn ein Haussohn eine Stelle als Kommis mit Gehalt übernimmt, aber ein solcher liegt nicht notwendig und in allen Fällen darin, vielmehr ist dazu außer einem auskömmlichen Gehalt eine dauernde Stellung, die ein auskömmliches Gehalt dauernd bringen kann, erforderlich, eine bloß vorübergehende Beschäftigung reicht nicht aus.

Nr. 2391. I. Hilfs-Sen. 21. Oktober 1881. IV[a]. 644. 80. Bd. 6, Nr. 72, S. 258.

Großjähriger Haussohn. Haftung aus Geschäften ohne väterlichen Konsens. § 125, II. 2 A.L.R. (Preuß. R.). Der an sich rechtsfähige in väterlicher Gewalt stehende großjährige Sohn ist, soweit nicht Verfügungen über sein freies Vermögen in Betracht kommen, unfähig, Verträge, die ihn belasten, ohne Genehmigung des Vaters zu schließen. Falls ein solcher Sohn namens des Vaters, ohne bevollmächtigt zu sein und ohne nachträglich Genehmigung erlangen zu können, mit einem Dritten kontrahiert, ist er dem Gegenkontrahenten, wenn nicht etwa Betrug vorliegt, für das, negative oder volle, Vertragsinteresse nicht haftbar. Allerdings wird derjenige, welcher unbevollmächtigt als Bevollmächtigter auftritt und so kontrahiert, dem Gegenkontrahenten verantwortlich und muß ihn schadlos halten. §§ 9, 96, 128, 171, I. 13 A.L.R. Aber der Grund dieser Haftung ist culpa in contrahendo; weil der vermeintliche Bevollmächtigte in dem Vertragsschlusse und durch ihn es ermöglicht, dem Gegenkontrahenten den vertragsmäßigen Anspruch gegen den angeblichen Mandanten zu verschaffen, muß er dem Gegenkontrahenten für die Nichterfüllung dieser Pflicht aufkommen. Die Fähigkeit zur Übernahme vertraglicher Verpflichtung ist also Vorbedingung dieser Verbindlichkeit. Die von Vertragsunfähigen im eigenen und die von ihnen im fremden Namen geschlossenen Verträge stehen mithin in Ansehung der persönlichen Haftbarkeit gleich. Nr. 179.

Nr. 2392. V. Sen. 8. Januar 1890. V. 233. 89. Bd. 25, Nr. 60, S. 284.

Erfordernis der Einwilligung des Hausvaters in Rechtsgeschäfte des mündigen Hauskindes. §§ 125, 201, II. 2; §§ 133 ff., I. 5 A.L.R. (Preuß. R.). Der Berufungsrichter hat festgestellt, daß die Genehmigung der von der W. geschehenen Verpfändung ihrer Hypothek, die sie nicht als freies Vermögen besaß, so daß sie zur Verpfändung derselben als Haustochter der väterlichen Einwilligung bedurfte, von seiten ihres Vaters schon vor der Vornahme der Verpfändung, allerdings nur mündlich, erfolgt ist. Die Ansicht, daß die Einwilligung des Vaters in die vorliegende Verpfändung gleich dieser selbst in Schriftform hätte erfolgen müssen, ist nicht richtig. Das Gesetz vom 2. Juli 1875 erkennt den Minderjährigen als den eigentlichen Kontrahenten an, wenn es ihn im § 2 nur ohne Genehmigung des Vaters, Vormundes oder Pflegers noch nach zurückgelegtem siebenten Lebensjahre für nicht fähig zur rechtsgeschäftlichen Übernahme von Verbindlichkeiten (also mit der Genehmigung dazu fähig) erklärt. Daraus folgt, daß etwaige Formerfordernisse des Rechtsgeschäfts von dem (kontrahierenden) Minderjährigen erfüllt werden müssen, daß aber damit auch den Formvorschriften Genüge geschieht, da für die Genehmigung durch den Vater, Vormund oder Pfleger, welche ebenso wie beim majorennen Haussohne auch generell für einen Kreis von Geschäften erteilt werden kann, die Beobachtung der zur Gültigkeit des ein-

zelnen Geschäftes erforderlichen Form nicht vorgeschrieben ist. Bedarf die Genehmigung der Rechtsgeschäfte Minderjähriger keiner Form, so kann eine solche auch nicht für die Einwilligung des Hausvaters in Geschäfte des großjährigen Hauskindes verlangt werden, denn zwischen beiden Arten von Konsenserteilungen waltet eine derartige rechtliche Verschiedenheit, daß sie verschiedenen Formvorschriften unterliegen könnten, nicht ob.

Nr. 2393. I. Sen. 6. Juli 1889. I. 147. 89. Bd. 23, Nr. 64, S. 296.

Aufhören der väterlichen Gewalt bei einem großjährigen Subalternoffizier durch Errichtung einer abgesonderten Wirtschaft. (Preuß. R.). Nach dem aus seiner Entstehungsgeschichte hervorgehenden inneren Zusammenhange mit den §§ 212a, b, II. 2 A.L.R. ist das Schwergewicht im Anh. § 90 auf die Worte „durch Erlangung der Majorennität" zu legen. Denn der Grundsatz des A.L.R., daß *schon durch* die *Erlangung der Großjährigkeit* der minderjährige Offizier von der väterlichen Gewalt befreit wurde, sollte aufgehoben werden. Die Bedeutung des Anh. § 90 liegt in dem Satze, daß *durch die Erlangung der Großjährigkeit allein* nicht wie bis dahin die väterliche Gewalt aufgehoben wird, sondern nur, wenn das Avancement zum Rittmeister oder Kapitän und der Genuß des mit diesen Chargen verknüpften Gehaltes hinzutritt. Die Frage, ob der Offizier durch die Erlangung der Majorennität von der väterlichen Gewalt dann befreit werde, wenn die Errichtung einer eigenen von den Eltern abgesonderten Wirtschaft im Sinne des § 210, II. 2 A.L.R. hinzutrat, war nach dem A.L.R. *vor* dem Anh. § 90 überhaupt nicht aufzuwerfen. Weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte des Anh. § 90 zwingen zu der Annahme, daß die Anwendung des § 210 a. a. O. auf Offiziere überhaupt hat ausgeschlossen werden sollen. Aus dem Anh. § 90 kann nur der Satz entnommen werden: die Bekleidung der Offizierscharge allein befreit den großjährigen Offizier von der väterlichen Gewalt nicht, sondern es muß hinzukommen, daß er der väterlichen Hilfe zu seinem Unterhalte nicht mehr bedarf; eines Beweises dafür bedarf es nach dem Gesetze nicht, wenn der Subalternoffizier zum Rittmeister oder Kapitän avanciert und das Gehalt dieser Charge bezieht. Dagegen folgt aus dem Anh. § 90 nicht der Satz, daß die Bekleidung der Offizierscharge die emancipierende Wirkung des Eintrittes der Großjährigkeit in Verbindung mit der Errichtung eines eigenen Haushaltes hindert, auch wenn der Offizier der väterlichen Hilfe zu seinem Unterhalte nicht mehr bedarf, weil er selbständiges unabhängiges den Dienstbezügen des Rittmeisters oder Kapitäns gleichkommendes Einkommen hat, auch ohne das Gehalt dieser Charge zu beziehen. Bei dem unverheirateten Offizier wird es Sache der Prüfung und Feststellung im konkreten Falle sein, ob der Offizier, der eine abgesonderte Wirtschaft errichtet hat, durch die ihm außer seiner Gage zu Gebote stehenden von dem Vater unabhängigen Mittel wirtschaftlich derart selbständig gestellt ist, wie der Anh. § 90 es verlangt. Bei dem verheirateten Offiziere ist es nach den Vorschriften für die preußische Armee über den für die Verheiratung erforderlichen Vermögensnachweis regelmäßig ohne weiteren Beweis zu bejahen.

Nr. 2394. V. Sen. 9. Dezember 1896. V. 190. 96. Bd. 38, Nr. 80, S. 299.

Befugnis des großjährigen Hauskindes, ohne Beitritt des Vaters auf Freigabe zu seinem nicht freien Vermögen gehöriger von Gläubigern des Vaters gepfändeter Mobilien zu klagen. (Preuß. R.). Die Klägerin, ein großjähriges Hauskind, klagte auf Freigabe von Mobilien, die auf Antrag der Beklagten gegen ihren Vater gepfändet worden waren. Sie behauptete, daß diese Sachen zu ihrem nicht freien Vermögen gehören. Der erste Richter wies die Klage bezüglich mehrerer Sachen ab und machte im übrigen die Entscheidung von der Leistung eines der Klägerin auferlegten Eides abhängig. Die Berufung der Beklagten ist zurückgewiesen, ebenso ihre Revision. Die Revision richtet sich lediglich gegen die Annahme des Berufungsrichters, daß die Klägerin

auch ohne Beitritt oder Genehmigung ihres Vaters aktiv legitimiert sei. Der Berufungsrichter nimmt an, daß das, nach § 51 Abs. 2 C.P.O. prozeßfähige, großjährige Hauskind zur selbständigen Führung von Prozessen über sein nicht freies Vermögen ganz allgemein aktiv und passiv legitimiert sei und daß die Nichthinzuziehung des Vaters nur die Folge habe, daß das gegen das Hauskind erlassene Urteil in dessen dem Nießbrauche und der Verwaltung des Vaters unterliegendes Vermögen (§§ 168 ff. II. 2 A.L.R.) nicht vollstreckt werden könne. In solcher Allgemeinheit steht dieser Satz weder im Einklange mit den Vorschriften der §§ 201, 202, 124 ff. II. 2 A.L.R. noch findet er eine Stütze in den zahlreichen Urteilen des Reichsgerichts, welche die verwandte Frage, ob die Ehefrau allein zu Prozessen über ihr eingebrachtes Vermögen aktiv und passiv legitimiert sei, in verneinendem Sinne entscheiden. Das Urteil im Falle Nr. 2240 ist vom Berufungsrichter zu Unrecht für seine Ansicht verwertet. Als Regel gilt vielmehr der Satz, daß das großjährige Hauskind in Beziehung auf sein nicht freies Vermögen handlungsunfähig ist und daß der von ihm angestellten Klage der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation mit dem Erfolge der Klagabweisung entgegengesetzt werden kann. Gleichwohl kann die Entscheidung des Berufungsgerichts in ihrem Ergebnisse nicht beanstandet werden; denn der vorliegende Einspruch der Klägerin gegen die Pfändung von Mobilien ist, wenn man ihn überhaupt als eine Verfügung über ihr nicht freies Vermögen aufzufassen hätte, jedenfalls keine solche, deren Rechtsgültigkeit nach § 201, II. 2 A.L.R. von dem Beitritt und der Einwilligung des Vaters abhängt. Was § 201 unter Verfügung versteht, ergiebt sich aus § 202 und den in letzterem angezogenen §§ 124 ff. desselben Titels, in welchen nur von Verträgen und Schulden, mithin von Verfügungen, wodurch das nicht freie Vermögen veräußert oder belastet wird, die Rede ist, also von Verfügungen, die das väterliche Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht gefährden. Zu Dispositionen, die das Recht des Vaters nicht alterieren, ist das Hauskind selbständig befugt. So kann das Hauskind nach § 124 a. a. O. Rechte und Gerechtsame erwerben und Maßregeln zur Erhaltung seines nicht freien Vermögens auch ohne Hinzuziehung des Vaters rechtsgültig treffen, z. B. Grundstücke und Gerechtigkeiten, die der Vater mit Vernachlässigung der gesetzlichen Vorschriften veräußert hat, zurückfordern (§ 6, I. 15 A.L.R.). Zu den Maßregeln, welche die Erhaltung des nicht freien Vermögens bezwecken, gehört zweifellos auch die Klage auf Freigebung der von Gläubigern des Vaters im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändeten Sachen. Es kommt aber noch hinzu, daß bei einer solchen Pfändung die Interessen des Vaters mit denen des Hauskindes kollidieren, da Ersterer durch den Zwangsverkauf von seiner zur Vollstreckung stehenden Schuld auf Kosten des Hauskindes ganz oder teilweise befreit werden würde. Bei Minderjährigkeit des Hauskindes wäre der Fall der Einleitung der Pflegschaft (§ 86 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875) gegeben; bei Großjährigkeit desselben fällt das Erfordernis des Beitrittes oder der Genehmigung des Vaters fort. Nun führt die Revision freilich noch aus, daß der Vater über die zum nicht freien Vermögen des Hauskindes gehörigen Mobilien ganz freie Verfügung habe, sie verpfänden und namentlich auch der Zwangsvollstreckung seiner Gläubiger unterwerfen könne; allein auch dieser Ausführung, die überdies übersieht, daß der thatbestandmäßige Sachverhalt keinen Anhalt für die Annahme eines Einverständnisses des Vaters der Klägerin mit der von den Beklagten bewirkten Pfändung giebt, konnte nicht beigetreten werden, da nach den Bestimmungen der §§ 282 ff., II. 2 A.L.R. der väterliche Nießbrauch auch bezüglich der zum nicht freien Vermögen des Hauskindes gehörigen Mobilien nur zur Nutzung und zum Gebrauche unbeschadet der Substanz berechtigt (vergl. auch § 204 a. a. O.). Über die Substanz jenes Vermögens kann er nach den §§ 75 ff. I. 21 A.L.R. durch Veräußerung oder Verpfändung lediglich zum Zwecke der Berichtigung von Schulden des Hauskindes verfügen, nicht dagegen die Substanz zum Gegenstande der Befriedigung seiner eigenen Gläubiger machen. Nach § 205, II. 2 A.L.R. dürfen die Gläubiger des Vaters nur aus den Einkünften des nicht freien

Vermögens Befriedigung suchen. Nr. 2402. Selbst der Ehefrau steht die selbständige Befugnis zu Interventionsklagen gegen die Gläubiger ihres Ehemannes, die im Wege der Exekution ihre eingebrachten Mobilien haben pfänden lassen, zu, obwohl nach § 247. II. 1 A.L.R. über diese Mobilien der Ehemann die freie Verfügung hat. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß der Frau diese Befugnis durch besondere gesetzliche Vorschrift, nämlich durch die Verordnung vom 7. April 1838 erteilt sei, während es an einer ähnlichen gesetzlichen Bestimmung für sein Hauskind fehle; denn jene Verordnung ist lediglich deklaratorischen Charakters, führt nichts Neues ein, sondern vermittelt nur das vom Obertribunal übrigens schon vorher gewonnene richtige Verständnis landrechtlicher Vorschriften und die Mißverständnisse, die zum Erlasse jener Verordnung geführt haben, waren gerade und nur dadurch veranlaßt worden, daß der Nießbrauch des Ehemannes an den eingebrachten Mobilien der Frau im § 247 a. a. O. gegenüber dem sonst im A.L.R. geordneten Nießbrauche, insbesondere auch gegenüber dem Nießbrauche des Vaters, eine Erweiterung erfahren hat.

Nr. 2395. III. Sen. 19. Januar 1886. III. 238. 85. Bd. 15, Nr. 42, S. 197.

Vormundschaft des Vaters über seine minderjährigen Kinder. (Gem. R.). Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, daß die Frage, ob die Beklagten aus den von ihrem Vater ausgestellten Schuldurkunden mit Erfolg in Anspruch genommen werden können, nach den Grundsätzen des *römischen* Rechts nur dann zu bejahen sein würde, wenn die Rechtsgeschäfte, aus denen die in jenen Schuldurkunden anerkannten Schulden herrühren, von dem Vater der Beklagten in Verwaltung eines vorhandenen Adventizvermögens der Letzteren eingegangen wären, da eine weitergehende gesetzliche Befugnis des Vaters, seine Hauskinder bei Vornahme von Rechtsgeschäften zu vertreten, insbesondere seine minderjährigen Hauskinder einem Vormunde gleich ohne Rücksicht auf das Vorhandensein und die Verwaltung von Adventizgütern in der Art zu verpflichten, daß sie persönlich mit ihrem gesamten, auch ihrem künftigen Vermögen aus den von dem Vater in ihrem Namen eingegangenen Verbindlichkeiten haften, auch im neuesten römischen Rechte nicht anerkannt ist. Nach der Entwickelung, welche die Grundsätze des römischen Rechts über die väterliche Gewalt und die Stellung des Vaters zu seinen *minderjährigen* Hauskindern nach der Rezeption in Deutschland im Anschluß an deutsche Rechtsanschauungen, insbesondere an die deutschen Grundsätze über die väterliche Vormundschaft gewonnen haben, hat der Vater neben den Rechten, welche die väterliche Gewalt ihm an dem Vermögen seiner Kinder verleiht, die Stellung und die Rechte eines natürlichen Vormundes seiner minderjährigen Kinder. Die väterliche Gewalt repräsentiert die natürliche Vormundschaft des Vaters über sein schutzbedürftiges Kind. Die von diesem Gesichtspunkte aus in der väterlichen Gewalt nach dem heutigen Rechte enthaltenen Rechte und Pflichten des Vaters sind im ganzen denen des Vormundes entsprechend, wenn auch freier gestaltet. Dem Vermögen des Kindes gegenüber äußern sie sich als das Recht vollständiger vermögensrechtlicher Vertretung. Nr. 2397. Mit Recht geht aber das Berufungsgericht davon aus, daß für die Ausübung dieses Rechts des Vaters diejenigen Normen maßgebend sind, welche sich aus dem *Wesen* und der *Natur* der vormundschaftlichen Verwaltung und Vertretung ergeben, als einer Vertretung fremder Personen, in vermögensrechtlicher Beziehung als einer Verwaltung fremden Vermögens in fremdem Interesse. Der allgemeine Grundsatz, daß der Vormund an Stelle des Herrn ist und wie ein solcher über das Vermögen seines Mündels verfügen und den Letzteren verpflichten kann, findet seine Begrenzung dahin, daß der Vormund seine Rechte nur im Interesse des Mündels ausüben darf. Ist dies zwar nicht dahin zu verstehen, daß es für die Gültigkeit der von dem Vormunde namens seines Mündels abgeschlossenen Rechtsgeschäfte darauf ankomme, ob das Rechtsgeschäft wirklich zum Vorteile des Mündels gewesen ist, so sind doch diejenigen Rechtsgeschäfte für den Mündel unverbindlich, welche der Vormund mit Überschreitung der Grenzen

seiner vormundschaftlichen Befugnisse, unter Mißbrauch derselben abgeschlossen hat, namentlich also arglistige Eingriffe in das Vermögen seines Mündels. Der Vormund handelt hier nicht in Ausübung der ihm zustehenden vormundschaftlichen Rechte als Vertreter des Mündels, sondern unter pflichtwidrigem Mißbrauche der ihm durch seine Stellung als Vormund verliehenen Machtvollkommenheit im eigenen Interesse. In einem solchen Falle (vergl. l. 1 § 7 Dig. de reg. jur. 50, 17; l. 7 § 3 Dig. de auct. 41, 4; l. 12, 1; l. 27 Dig. de adm. et pr. 26, 7) macht sich der Vormund nicht allein dem Mündel ersatzpflichtig, sondern es sind auch die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten für den Mündel unverbindlich, namentlich dann, wenn eine auf wissentliche und widerrechtliche Schädigung des Vermögens des Mündels abzielende Handlung des Vormundes vorliegt, indem er aus eigenen Rechtsgeschäften für ihn entstandene Schuldverbindlichkeiten wider besseres Wissen als Schulden seiner Mündel anerkennt, um sich selbst den eingegangenen Verpflichtungen überhaupt oder doch zur Zeit zu entziehen. Nr. 2402.

Nr. 2396. IV. Sen. 22. Oktober 1894. IV. 110. 94. Bd. 34, Nr. 50, S. 206.

Vertragsfähigkeit volljähriger Hauskinder in Ansehung ihres freien Vermögens. (Preuß. R.). Der Kläger ist der am 6. Mai 1891 außerehelich geborene Sohn der Christine F., mit der der Beklagte geschlechtlich verkehrt hat. Ohne seine Vaterschaft anzuerkennen, erklärte sich der Beklagte in dem privatschriftlichen Vertrage vom 20. Juli 1891 vergleichsweise bereit, an den klagenden Vormund binnen drei Monaten eine Abfindungssumme von 3300 Mk. nebst drei Prozent Zinsen vom 20. Juli 1891 ab zu zahlen. Diese Abfindungssumme bildet den Gegenstand des Rechtsstreits. In der Berufungsinstanz hat der Beklagte eingewendet, daß der Vertrag vom 20. Juli 1891 nicht rechtsverbindlich sei, weil er, der Beklagte, bei dessen Errichtung ein unter väterlicher Gewalt befindlicher Haussohn gewesen und sein Vater dem Vertrage nicht beigetreten sei. Das Berufungsgericht hat den Einwand für durchgreifend erachtet und deshalb, ohne auf die weiteren Einwendungen des Beklagten einzugehen, auf Abweisung des Klägers erkannt. Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen. Mit Rücksicht auf das Ergebnis der Beweisaufnahme hat der Berufungsrichter bedenkenfrei festgestellt, daß der Beklagte, obgleich er im Jahre 1893 das 32. Lebensjahr erreicht hat, zur Zeit der in diesem Jahr erfolgten Beweisaufnahme und also auch zur Zeit des Abschlusses des Vertrages vom 20. Juli 1891 noch Haussohn war, d. h. sich noch unter väterlicher Gewalt befand. Hieraus ergiebt sich mit Rücksicht auf die §§ 125, 158, 163 ff., 201, II. 2. A.L.R. daß der Vertrag vom 20. Juli 1891, zu dem der Vater des Beklagten seine Einwilligung unstreitig nicht erteilt hat, für den Beklagten nur dann rechtsverbindlich sein würde, wenn er ihn in gesetzlich gültiger Weise in Ansehung seines freien Vermögens geschlossen hätte. In dieser Hinsicht behauptet nun der Kläger, daß der Beklagte die in dem Vertrage vom 20. Juli 1891 eingegangene Verpflichtung mit Rücksicht auf die ihm gegen seinen Vater zustehende Erbabfindnngsforderung von 3600 Mk. übernommen habe, und es ist auch unstreitig, daß dem Beklagten bei Abschluß des Vertrages aus der bei der zweiten Heirat seines Vaters stattgehabten Schichtung eine mütterliche Erbabfindung von 3600 Mk., fällig geworden bei der Großjährigkeit des Beklagten, zustand, welche auf dem Kolonate des Vaters des Beklagten hypothekarisch haftete. Das Berufungsgericht nimmt ferner mit Rücksicht auf § 147, II. 2 A.L.R. und § 19 des Gesetzes betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen vom 16. April 1860 an, daß diese Erbabfindung, bei Abschluß des Vertrages vom 20. Juli 1891, da er zu dieser Zeit großjährig war, zu seinem freien Vermögen gehörte. Hiernach unterliegt es keinem Zweifel, daß sich der Beklagte zur Zahlung der in dem Vertrage vom 20. Juli 1891 versprochenen Summe ohne Beitritt seines Vaters rechtsgültig mit der Wirkung verpflichten konnte, daß er die Zahlung aus seiner mütterlichen Erbabfindung zu leisten hatte. In dem Vertrage vom 20. Juli 1891 ist aber des freien Vermögens

und insbesondere der Erbabfindung des Beklagten in keiner Weise Erwähnung geschehen, und der Kläger behauptet auch nur, der Beklagte habe damals durch seine mündlichen Erklärungen außer Zweifel gestellt, daß er die übernommene Verpflichtung in Ansehung seiner Erbabfindung habe eingehen wollen. Die Behauptungen des Klägers vermögen aber den erhobenen Anspruch nicht zu begründen, weil der Vorschrift des § 166, II. 2 A.L.R. nicht genügt ist. Zunächst ist es unbedenklich, daß die Worte „Kredit geben" in § 166 a. a. O. nicht im engeren Sinne zu verstehen sind, sondern alle Verträge mit Hauskindern umfassen, die von den Letzteren nicht sofort erfüllt werden. Streitig ist aber in Rechtsprechung und Litteratur, ob und in welchem Umfange die Gültigkeit des Vertrages von der Beobachtung der Vorschrift des § 166 a. a. O. abhängt. Es kann nun nicht für statthaft erachtet werden, auf Grund der Vorschrift des § 319 II. 1 A.L.R. (bezüglich des Kredits auf das vorbehaltene Vermögen der Ehefrau) zu einer anderen Auslegung des § 166, II. 2 A.L.R. zu gelangen als der, welche dem sinngemäßen aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes in Verbindung mit den in Betracht kommenden sonstigen Vorschriften über das eigentümliche Vermögen der Kinder zu entnehmenden Verhältnisse entspricht. Diese Erwägung führt aber zu dem von dem vormaligen preußischen Obertribunal in dem Urteil vom 30. April 1868 (vergl. Striethorst, Archiv Bd. 70, S. 331 ff.) ausgesprochenen Rechtssatze, daß großjährige Kinder aus lästigen Verträgen bei fehlendem Konsense des Vaters nur unter der Voraussetzung, daß die Verträge sich auf das freie Vermögen beziehen, und nur mit dem Gegenstande und Betrage des letzteren haften, in betreff dessen sie dem Gläubiger gemäß § 166 a. a. O. Sicherheit bestellt haben. Diese Auslegung entspricht der bedingungslosen und zwingenden Fassung des § 166 und dem Zusammenhange dieser Vorschrift mit der des § 165 a. a. O. und ihrer Beziehung zu den allgemeinen Bestimmungen der §§ 125, 131, II. 2 A.L.R. Im vorliegenden Falle ist hiernach der Vorschrift des § 166 a. a. O. unzweifelhaft nicht genügt, weshalb dem Kläger der geltend gemachte Anspruch nicht zusteht.

Nr. 2397. III. Sen. 6. Mai 1884. III. 30. 84. Bd. 15, Nr. 41, S. 192.

Vormundschaft des Vaters. Voraussetzung der Restitution wegen Minderjährigkeit. (Gem. R.). Die Befugnisse, welche die väterliche Gewalt dem Vater an dem Vermögen seiner Hauskinder gewährt, gehören zu den Vermögensrechten des Vaters und sind deshalb von ihm, abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden Falle einer notwendigen Veräußerung (c. 8 §§ 4, 5 Cod. de bon. quae lib. 6, 61), nicht im Namen seiner Kinder, sondern in seinem eigenen Namen auszuüben. Daher ist auch die Bitte um Restitution wegen Minderjährigkeit gegen die Geschäfte, welche ein Vater vermöge seiner väterlichen Gewalt vorgenommen hat, überhaupt nicht statthaft (l. 3 § 4 Dig. de min. 4, 4; c. 8 § 5 Cod. cit.). Der Vater ist aber durch die väterliche Gewalt nicht berechtigt, auch die Personen seiner minderjährigen Hauskinder zu vertreten und sie durch seine in ihrem Namen vorgenommenen Handlungen zu obligieren oder den Mangel ihrer Dispositionsfähigkeit durch seinen Konsens zu ergänzen. Insbesondere darf einem väterlichen jussus nicht die Wirksamkeit eines vormundschaftlichen Konsenses beigemessen werden; die Bedeutung desselben besteht nur darin, daß der Vater obligiert wird durch die von seinem Hauskinde jussu patris eingegangenen Verbindlichkeiten. Die väterliche Gewalt erstreckt sich gleichmäßig sowohl über die großjährigen wie über die minderjährigen Hauskinder. Die Befugnis des Vaters zur vermögensrechtlichen Vertretung der Personen seiner minderjährigen Kinder kann nur darauf beruhen, daß er deren Vormund ist. Während nach dem Rechte der Quellen der Vater die Stellung eines Vormundes oder Kurators seiner minderjährigen Kinder nur in besonderen Fällen einnahm, giebt ihm das heutige Recht, neben den Rechten der väterlichen Gewalt, allgemein die Rechte eines natürlichen Vormundes derselben. Im vorliegenden Falle hat der Vater keineswegs bloß über

das seiner väterlichen Gewalt unterworfene Vermögen der minderjährigen Kinder disponiert; er hat vielmehr durch seine in ihrem Namen vollzogenen Aktienzeichnungen und durch seine Genehmigung ihrer Wechselzeichnungen dieselben persönlich obligiert dergestalt, daß sie für die kontrahierten Verbindlichkeiten unbeschränkt, nicht bloß mit ihrem gegenwärtigen, sondern auch mit allem ihrem künftigen Vermögen verhaftet sind. Da die diesen Obligationen an sich zukommende Gültigkeit nur aus der vormundschaftlichen Befugnis des Vaters herzuleiten ist, so ist auch das Restitutionsgesuch des Beklagten (des den Kindern behufs der Vertretung im Prozesse vom Vormundschaftsgericht bestellten Kurators) hier in gleicher Weise zulässig, als wenn die betroffenen Rechtsgeschäfte von einem durch richterliche Bestellung berufenen Vormunde vorgenommen wären (l. 29 pr. Dig. de min. 4, 4). Nun ist zwar die Restitution wegen Minderjährigkeit gegen ein von dem Vormunde eines Minderjährigen oder von dem Letzteren selbst mit der Genehmigung seines Vormundes vorgenommenes Geschäft nur dann zu erteilen, wenn der Vormund bei der Vornahme dieses Geschäfts es an der gehörigen Vorsicht hat fehlen lassen oder sonst zum Nachteile seines Mündels etwas versehen hat (c. 2, 3 Cod. si tut. interv. 2, 25). Diese Voraussetzung ist aber hier vorhanden. Der Vater hat seine minderjährigen Söhne an einer zu begründenden Aktiengesellschaft beteiligt nicht bloß mit einer Kapitalanlage, sondern auch überdies mit der Übernahme einer erheblichen persönlichen Verpflichtung, und zwar sogar lediglich in Spekulation auf den Wiederverkauf der gezeichneten Aktien nach einer erhofften baldigen Steigerung des Kurses. Soll nun ein Vormund nach gesetzlicher Vorschrift schon bei der Anlegung des Vermögens seiner Mündel mit größter Vorsicht verfahren, so muß es für durchaus unstatthaft erachtet werden, daß ein Vormund, der Vater ebenso wie ein bestellter Vormund, seine Mündel behufs der Eingehung solcher gewagten Geschäfte mit persönlichen Verbindlichkeiten belastet. Daß derartige Geschäfte von Großjährigen häufig eingegangen werden, kann sie nicht auch für Minderjährige als thunlich erscheinen lassen. Die Bezugnahme der Vorinstanz auf den Ausspruch des l. 7 § 8 Dig. de min. 4, 4 ist unzutreffend nnd rechtsirrtümlich. Auch die gegen die Erteilung der Restitution noch vorgebrachten besonderen Einwendungen sind unbegründet. Der Umstand, daß die betroffenen Rechtsgeschäfte zu Gunsten einer Aktiengesellschaft eingegangen sind, ist nicht imstande, das Restitutionsgesuch als unzulässig erscheinen zu lassen. Die im Falle Nr. 936 angestellten Erwägungen treffen den vorliegenden Fall nicht. Daß den Pflegebefohlenen des Beklagten wegen des erlittenen Nachteiles ein Regreßanspruch gegen ihren Vater zustehen mag, ist kein Hindernis der Zulässigkeit des Restitutionsgesuches. Ist ihnen die erbetene Restitution zu erteilen, so müssen ihnen auch die von ihrem Vater als ihrem Vertreter zur teilweisen Erfüllung dieser Obligationen geleisteten Zahlungen zurückerstattet werden. Nr. 2395.

Nr. 2398. III. Sen. 1. Juni 1886. III. 423. 85. Bd. 16, Nr. 21, S. 113.

Verträge zwischen dem Vater und seinen Hauskindern. (Gem. R.). Im heutigen gemeinen Recht sind alle zwischen dem Vater und seinen Hauskindern abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, auch die liberalen und Schenkungen, wirksam. Da nach dem heutigen Rechte die Hauskinder vermögens- und erwerbsfähig und somit die mit ihrer Vermögensunfähigkeit nach römischem Rechte zusammenhängenden Bestimmungen in Wegfall gekommen sind, so hat auch der römischrechtliche Satz, daß der Vater seinen Kindern keine Schenkungen machen könne, seine Grundlage verloren; es kann der Vater, wie er andere Rechtsgeschäfte mit seinen Kindern wirksam eingehen kann, ihnen auch liberale Zuwendungen, unter den für diese im übrigen geltenden Voraussetzungen, machen.

Nr. 2399. III. Sen. 17. Oktober 1882. III. 278. 82. Bd. 10, Nr. 42, S. 145.

Adventitiengut. (Gem. R.). Das fragliche Vermögen war als ordentliches Adventitiengut (peculium adventitium regulare) dem Genuß- und Verwaltungsrechte

des Vaters während der Dauer der väterlichen Gewalt unterworfen. Keine dieser Befugnisse ist dem Vater durch den Inhalt des Testaments der mütterlichen Großmutter des Kindes entzogen worden. Insbesondere liegt in der Zuwendung des Nießbrauches an die Mutter kein bestimmter und unzweideutiger nach Nov. 17 cap. 1 allein gültiger Ausschluß des väterlichen Genußrechts, zumal der letzte Wille beiden Eltern die Befugnis einräumt, unter gewissen Voraussetzungen zu ihrem Vorteile über die Substanz des Kindesvermögens zu verfügen. Thatsächlich hat denn auch der Vater neben der Verwaltung den Nießbrauch an dem fraglichen Kapitale ausgeübt, dasselbe als „Vertreter seines Sohnes“ gegen Unterpfand ausgeliehen und in dieser Eigenschaft Zinszahlungen und Kapitalteilzahlungen in Empfang genommen. — Nach gemeinem (römischem) Rechte besteht ein durchgreifender Unterschied zwischen der Rechtsstellung und Veräußerungsbefugnis des Vaters hinsichtlich des seinem Genußrechte unterworfenen Adventitiengutes des Hauskindes und der Rechtsstellung und Veräußerungsbefugnis des Vormundes. Der Vater hat an jenem Vermögen ein den Befugnissen des Eigentümers entsprechendes Genußrecht. Er übt kraft desselben den Besitz, den Nießbrauch und die Verwaltung des Adventitiengutes selbständig und in eigenem Namen aus. Er darf selbst bleibende Veränderungen damit vornehmen und ist dabei weder an die dem Nießbraucher als solchem gezogenen Schranken gebunden noch zur Sicherheitsleistung und Rechnungsablage verpflichtet. Die Rechte des Hauskindes ruhen bis zur Beendigung der väterlichen Gewalt und beschränken sich im wesentlichen auf einen demnächstigen Anspruch an den Vater wegen geführter Verwaltung und auf Herausgabe des Vermögens. Vergl. c. 6 § 2 Cod. de bon. quae lib. 6, 61. Allerdings sind dem Vater Verfügungen über die Substanz des Adventitiengutes, namentlich Veräußerungen unbeweglicher Sachen der Regel nach bei Vermeidung der Nichtigkeit untersagt. In den gesetzlichen Ausnahmefällen aber, zu denen Veräußerungen aus Nützlichkeitsgründen nicht gehören, muß er zwar namens des Kindes handeln, vergl. c. 8 §§ 4, 5 Cod. cod., er braucht jedoch alsdann weder die Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörde einzuholen noch eine bestimmte Form zu wahren. In denjenigen Gebieten des gemeinen Rechts, wo dem Vater einerseits die Veräußerung unbeweglichen Adventitiengutes auch aus Zweckmäßigkeitsgründen gestattet und andererseits die Verpflichtung auferlegt ist, in allen Fällen der Veräußerung die obervormundschaftliche Genehmigung einzuholen oder ein Alienationsdekret zu erwirken, kann dies nur als eine partikuläre Rechtsbildung betrachtet werden. Der Vormund dagegen vertritt den Mündel kraft eines ihm übertragenen Amtes; ihm sind freiwillige Veräußerungen von Mündelgut aus rechtmäßigen Ursachen im Namen und Interesse des Pflegebefohlenen nach vorausgegangener Sachuntersuchung und Entscheidung durch das Obervormundschaftsgericht erlaubt. — Es besteht gemeinrechtlich keine ausdrückliche Vorschrift, die dem Vater den Verzicht auf eine für ein ausstehendes Adventitienkapital bestellte hypothekarische Sicherheit verbietet. Dem Schuldner, der sich in ein bezügliches Rechtsgeschäft mit dem Vater einläßt, ist nur dann der Schutz gegen spätere Ersatzansprüche des Hauskindes zu versagen, wenn der Vater das Adventitienkapital in der dem Schuldner bekannten Absicht einzieht, es in seinen, des Vaters, Nutzen zu verwenden, oder wenn offenbar ein Liberalitätsakt des Letzteren vorliegt, in Fällen also, wo der Vater ganz außerhalb der Grenzen seines Genußrechtes gehandelt hat. — Der Vater ist gesetzlich nicht gehindert, zur Ausführung einzelner ihm vermöge der väterlichen Gewalt zustehender selbständiger Vermögensrechte am Adventitiengute einen Stellvertreter (Mandatar) zu ernennen. Vergl. c. 1 Cod. de bon. quae lib. 6, 61. — Die Thatsache der „Entfernung nach Amerika“ oder auch der „Auswanderung“ des Vaters dorthin allein läßt bei der Unbestimmtheit dieser Begriffe weder einen sicheren Schluß auf die Absicht des Vaters zu, seine väterliche Gewalt und die damit verbundenen Rechte aufzugeben, noch beendigt oder suspendiert sie diese Gewalt von selbst. Eine Auswanderung wird in dieser Beziehung nur in Betracht kommen, wenn sie mit Entlassung aus dem Unterthanenverbande verbunden

war. In betreff der Gültigkeit eines generellen Mandats ist für den vorliegenden Fall das entscheidende Gewicht darauf zu legen, daß der Vater bei seiner Abreise die Ehefrau und Mutter bevollmächtigt hat, die nicht nur vermöge der ihr gesetzlich zustehenden mütterlichen Gewalt während einer längeren Abwesenheit des Ehemannes und Vaters die natürliche Vormundschaft über ihren minderjährigen Sohn, sondern auch vermöge des im Testamente der Großmutter angeordneten Vermächtnisses des Nießbrauches an dem Kindesvermögen, bei etwaiger Erlöschung oder Suspension der väterlichen Gewalt, alle mit dem Quasiusufrukte verknüpften Rechte auszuüben befugt war. — Der Vater und in dessen Auftrage die Mutter des Kindes haben im vorliegenden Falle, bei Stellung des Antrages auf Löschung des Pfandeintrages im Hypothekenbuche, vermöge eigenen Rechtes gehandelt. Es ist zwischen denjenigen Veräußerungen zu unterscheiden, welche der Vater in den gesetzlichen Ausnahmefällen bezüglich des Adventitiengutes des Hauskindes vornehmen darf, und denjenigen Verfügungen, zu denen er sonst in Ausübung seines Verwaltungsrechts schreitet. Dort kann der Vater nur namens des Sohnes auftreten und dessen Recht ausüben, hier handelt er selbständig und in eigenem Namen. Nur gegen jene Dispositionen steht daher dem minderjährigen Hauskinde unter den geeigneten Voraussetzungen die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Seite. Nr. 2400. Nr. 2402.

Nr. 2400. VI. Sen. 24. Mai 1886. IIIa. 79. 86. Bd. 16, Nr. 24, S. 123.

Quasikastrensisches Gut. Adventizgut. Verwaltungsrecht des Vaters. (Gem. R.). Der Kläger beanspruchte im Namen seines Sohnes Ersatz für einen Schaden, welchen dieser an seiner Erwerbsfähigkeit durch einen Unfall in der Eisengießerei des Beklagten erlitten hatte, wurde aber in den Vorinstanzen auf Grund eines von ihm vor der Klagerhebung abgeschlossenen Vergleiches abgewiesen, wodurch er im Namen seines Sohnes allen weiteren Ansprüchen wegen des fraglichen Unfalles entsagt hatte. Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen. Der Anspruch würde, soweit begründet, zu den sogen. bona adventicia regularia des Sohnes zu rechnen sein. Das reguläre Adventizgut bildet die Regel, und wenn sich auch vielleicht Manches für die in neuerer Zeit aufgestellte Ansicht sagen läßt, wonach infolge gewohnheitsrechtlicher Entwickelung jeder Erwerb, den das Hauskind einer wissenschaftlichen oder künstlerischen Würde oder Thätigkeit verdankt, unter die bona quasi castrensia fallen soll, so ist doch keineswegs der noch weitergehenden Ansicht zu folgen, wonach Alles, was das Hauskind durch eigene Thätigkeit erwerben mag, heutzutage dem Rechte des peculium quasi castrense zu unterstellen wäre. Für den Umfang der Verwaltungsbefugnis des Gewalthabers in Ansehung des regulären Adventizgutes giebt nun heutzutage lediglich das römisch-Justinianische Recht, wie es sich durch die späteren kaiserlichen Verordnungen gestaltet hat, die Norm ab. Hier ist allerdings die Ungültigkeit aller von dem Gewalthaber vorgenommenen Veräußerungen, jedenfalls aller ohne Zustimmung des Kindes vorgenommenen, als Regel aufgestellt (c. 2 Cod. de bon. mat. 6, 60; c. 4, c. 6 § 2, l. 8 § 5 Cod. de bon. quae lib. 6, 61). Ohne Zweifel ist dabei in diesen Gesetzen mindestens vorzugsweise an körperliche Sachen gedacht, hiermit wäre indessen die Anwendung auch auf Forderungsrechte noch nicht ohne weiteres ausgeschlossen; wie auch diejenige Bestimmung, wodurch die Veräußerung von Vermögensstücken der Bevormundeten ohne Zustimmung der Obervormundschaft verhindert wird, im Laufe der Zeit auch auf Forderungsrechte ausgedehnt worden ist. Nr. 2431. Jedoch wird andererseits dem Gewalthaber in c. 6 § 2 Cod. 6, 61 das Recht der freiesten Verwaltung („gubernatio") eingeräumt, und die Ausnahmefälle, in denen nach c. 8 §§ 4, 5 Cod. 6, 61 der Gewalthaber auch körperliche Sachen aus besonderen Nützlichkeitsgründen gültig veräußern kann, gehen weit über das hinaus, was in dieser Beziehung Vormündern ohne Genehmigung der Obervormundschaft gestattet ist.' (Vergl. c. 22 Cod. de adm. tut. 5, 37; c. 4 Cod. quando decr. 5, 72 und l. 1 § 2 Dig. de reb. eor. 27, 9).

überhaupt aber wäre es verkehrt, den Kreis derjenigen Geschäfte, welche der Gewalthaber in Ansehung des Adventizgutes gar nicht vornehmen kann, ebenso weit zu ziehen, wie es das Vorbild der Abgrenzung derjenigen Geschäfte, zu welchen Vormünder die Genehmigung der Obervormundschaft einzuholen, an die Hand geben würde. Nr. 2399. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob durch das in betreff des Adventizgutes bestehende Veräußerungsverbot überhaupt auch Forderungsrechte berührt werden, jedenfalls fällt eine Entsagung, wie die hier vorliegende, in den Bereich der Verwaltungsbefugnis des Gewalthabers. Denn da hier einem noch zweifelhaften Rechte gegen Entgelt entsagt ist, so handelt es sich nach § 394, I. 16 A.L.R. (es liegt ein Fall vor aus dem Herzogtum Westfalen, wo nach § 4 Publ. Pat. vom 21. Juni 1825 der Tit. 2 Teil II A.L.R. keine Anwendbarkeit erlangt hat) um einen Vergleich im Sinne des § 405, I. 16 A.L.R., und zum Abschlusse eines solchen als zu einem in die volle „gubernatio" einbegriffenen Akte muß der Gewalthaber als befugt gelten, ausgenommen etwa, wovon hier nicht die Rede sein kann, wenn der Vergleich den Interessen des Kindes in offenkundiger Weise widerspräche. Nr. 2402.

Nr. 2401. IV. Sen. 18. Juni 1883. IV. 171. 83. Bd. 9, Nr. 76, S. 280.

Rechte des Vaters auf die Einkünfte des freien Vermögens der Kinder. (Preuß. R.). Der § 161, II. 2 A.L.R. gewährt ein Recht, welches davon unabhängig ist, daß die Kinder unfreies Vermögen besitzen und der Vater dessen Nutzungen bezieht. Auch das großjährige Kind, welches unfreies Vermögen besitzt, dessen Einkünfte dem Vater zustehen, muß nach § 164 a. a. O. auf Verlangen des Vaters die Einkünfte seines freien Vermögens zunächst zum eigenen Unterhalte anwenden, und es liegt kein Grund vor, warum ein Unterschied zum Vorteile des minderjährigen Hauskindes gemacht sein sollte, indem sich vielmehr erwarten ließe, daß dem Vater größere Rechte gegenüber dem Letzteren als gegenüber dem großjährigen Hauskinde eingeräumt würden. Hiernach ist mit Recht dem Kläger vom Berufungsrichter die Befugnis zugesprochen, außer und abgesehen von dem Nießbrauche an dem Pflichtteile seiner Kinder noch denjenigen Betrag von den Nutzungen ihres übrigen, von dem mütterlichen Großvater ererbten, Vermögens zu verlangen, welcher nach dem Ermessen des vormundschaftlichen Gerichtes zur Verpflegung und Erziehung der Kinder erforderlich ist. Nr. 2402. Nr. 323.

Nr. 2402. I. Sen. 8. Mai 1889. I. 91. 88. Bd. 24, Nr. 47, S. 220.

Befugnis des Vaters, die zum nicht freien Vermögen des Hauskindes gehörigen ausstehenden Kapitalien für eine eigene Schuld zu verpfänden. §§ 168, 169, II. 2 A.L.R. (Preuß. R.). Die Verpfändung für eigene Schuld ist weder ein Akt des Nießbrauches noch der Verwaltung und fällt nicht in den Kreis der dem Vater im § 169, II. 2 A.L.R. eingeräumten Rechtshandlungen. Der Nießbrauch, auch im weitesten Umfange genommen, berechtigt nur zur Nutzung und zum Gebrauch unbeschadet der Substanz (§§ 22 ff., I. 21 A.L.R.). Bezüglich der zum nicht freien Vermögen des Kindes gehörigen Mobilien und Effekten hat dies in den §§ 282 ff., II. 2 A.L.R. unter wesentlicher Abweichung von der dem Ehemanne bei getrennten Gütern in dem § 247, II. 1 A.L.R. eingeräumten „freien Verfügung" über die Mobilien noch seinen besonderen Ausdruck gefunden. Der Nießbrauch verpflichtet den Vater nach §§ 75 ff., I. 21 A.L.R., für die Berichtigung der auf dem seinem Nießbrauch unterliegenden Vermögen haftenden Schulden des Eigentümers, des Kindes Sorge zu tragen, und berechtigt ihn, zur Berichtigung dieser Schulden die zum Vermögen gehörigen Kapitalien zu verwenden, eventuell die Substanz dafür zu verwenden; er berechtigt ihn auch, Kapitalien einzuziehen (§ 101 a. a. O.). Für alle diese Akte, für welche der Nießbraucher an sich nach den §§ 77—101, I. 21 A.L.R. der Genehmigung des Eigentümers bedarf, ist der Vater nach den §§ 169, 170, II. 2 A.L.R. freier als der Nießbraucher gestellt und an die Genehmigung des Eigentümers, des Kindes oder des

Richters nicht gebunden. Eine Befugnis zur Verpfändung der Substanz des Nießbrauchsvermögens für eigene Schuld, durch welche der Vater nicht nur die Einkünfte, sondern auch die Substanz des Vermögens des Hauskindes zum Gegenstande der Befriedigung seiner eigenen Gläubiger machen könnte, folgt aus dem Nießbrauchsrechte nicht. Das Recht zur Verpfändung der Substanz für eigene Schuld müßte hiernach aus dem freien Verwaltungsrechte des Vaters oder seiner gesetzlichen Befugnis, das Kind zu vertreten (§§ 125 ff., 201 ff. II. 2 A.L.R.; § 22, I. 4 A.L.R.; § 22, I. 5 A.L.R.; § 2 des Gesetzes vom 12. Juli 1875), hergeleitet werden können. Unter das Verwaltungsrecht des Vaters fällt das ihm in § 169 a. a. O. gewährte Recht, die ausstehenden Kapitalien des Hauskindes nicht nur einzuziehen, sondern auch anderweitig zu belegen oder auch sich selbst zum Schuldner des Kindes dafür zu bestellen. Dagegen ist die Verpfändung für eigene Schuld nie ein Akt der Vertretung und der Verwaltung. Selbst Generalvollmacht und die im weitesten Sinne erteilte Verwaltungsbefugnis ermächtigt als eine für die Angelegenheiten des Machtgebers erteilte Vertretungsbefugnis den Bevollmächtigten (Verwalter) nie zur Verpfändung für eigene Schuld, weil darin ein Rechtsakt in eigener Angelegenheit enthalten ist, zu dem der Bevollmächtigte durch die Vollmacht nicht berufen ist. Der Bevollmächtigte, der zur Einziehung, Cession, Verpfändung einer Forderung ermächtigt ist, nimmt nicht ein minus, sondern ein aliud vor, wenn er für eigene Schuld verpfändet. Die Bestimmung des § 15, I. 20 A.L.R. kann in Verbindung mit § 73 das. und mit § 63, I. 13 A.L.R. nur bedeuten, daß derjenige mit einer Sache gültig Pfand oder Hypothek für eigene Schuld bestellen kann, der über die Sache „für sich selbst" zu verfügen berechtigt ist. Allerdings ist das Vertretungs- wie das Verwaltungsrecht des Vaters in Bezug auf das nicht freie Vermögen des Kindes mit dem gewöhnlichen Verwaltungsrechte nicht auf gleiche Stufe zu stellen und ein weitergehendes als das eines Vormundes, dessen Stellung dem Vater nach § 159, II. 2 A.L.R. in Bezug auf das freie Vermögen des Kindes gegeben ist. Die Doktrin und die Praxis des preußischen Rechts nehmen deshalb an, daß der Vater selbständig ohne Mitwirkung des Richters Grundstücke für das Hauskind kaufen und die Eintragung des rückständigen Kaufgeldes auf das verkaufte Grundstück bewilligen, Vorteile für das Kind annehmen, Erbschaften mit und ohne Vorbehalt antreten, einer Erbschaft, die zum nicht freien Vermögen gehört, auch entsagen, Erbrezesse abschließen, Vergleiche über streitige Vermögensangelegenheiten mit Rechtswirkung für und gegen das Kind eingehen kann. Nr. 2401. Aber in allen diesen Fällen tritt der Vater in Angelegenheiten des Kindes, für dasselbe und in dessen Interesse auf. Auch im gemeinen Rechte wird auf Grund der c. 1 Cod. de bon. mat. 6, 60; c. 6 pr. Cod. de bon. quae lib. 6, 61 dem Vater die Befugnis zugesprochen, die zu dem adventizischen Vermögen des Hauskindes gehörigen Forderungen zu kündigen, einzuziehen, zu erheben, zu cedieren und die Cessionsvaluta anderweitig zu belegen, weil in alledem nicht eine Veräußerung (alienatio), sondern ein Akt der Verwaltung (gubernatio) enthalten sei; und der Vater wird namentlich auch für befugt erachtet, Forderungen des Kindes zur Abtragung von Schulden des Kindes zu cedieren. Aber die Verpfändung einer zum Vermögen des Kindes gehörigen Hypothek durch den Vater für eigene Schuld des Vaters und die Cession einer solchen Forderung durch den Vater zur Tilgung einer eigenen Schuld werden für ungültig erachtet. Nr. 2399. Nr. 2395. Nr. 2400. Der Standpunkt des preußischen Landrechts ist kein anderer, es beruht auch in dieser Lehre wesentlich auf dem gemeinen Rechte, von dem es nicht hat abweichen wollen. Des A.L.R. hat, abgesehen von der Beschränkung, welche es dem Vater bei der Verwaltung der Liegenschaften in den §§ 171 ff., II. 2 A.L.R. auferlegt, den Vater in gewissen Fällen (§§ 179 ff., §§ 187 a. a. O.) zur Sicherheitsbestellung verpflichtet, dem Kinde ein Vorrecht im Konkurse und außerhalb desselben von den übrigen Gläubigern des Vaters eingeräumt (§§ 176 ff. a. a. O.), die Gläubiger des Vaters für ihre Befriedigung im § 205 a. a. O. auf die

dem Vater als sein Eigentum zufallenden Einkünfte des nicht freien Vermögens verwiesen, im Konkurse ihnen auch dies Recht genommen (§ 206 a. a. O.), in den §§ 28 ff. II. 18 A.L.R. die Bestellung eines Kurators (Pflegers) für das Kind angeordnet, wenn sein Bestes mit dem eigenen Vorteile des Vaters in Kollision gerät, und nach § 276, II. 2 A.L.R., §§ 554, 555, II. 1 A.L.R. den Vater für levis culpa in concreto bei der Verwaltung haftbar gemacht. Durch diese Vorschriften des Gesetzes und durch die Entstehungsgeschichte ist die Annahme ausgeschlossen, daß das A.L.R. dem Vater die Vertretungsbefugnis für das Kind im eigenen Interesse eingeräumt und ihn von den Beschränkungen, welche es der Verwaltung des Vormundes in den §§ 485 ff. II. 18 A.L.R. auferlegt, befreit hat, um ihm die Verwaltung des Kindesvermögens zu seinem eigenen Vorteile zu ermöglichen. Nr. 2394.

Nr. 2403. II. Sen. 24. Juni 1887. II. 76. 87. Bd. 19, Nr. 69, S. 362.

Vergleiche des Vaters während bestehender Ehe über Ansprüche seines minderjährigen Kindes. Art. 467 code civil. (Rhein. R.). Aus der Stellung des Art. 389 code civil im Titel von der Vormundschaft kann nicht gefolgert werden, daß der Vater während der Ehe Vormund sei. Die Heranziehung der von den Geschäften des Vormundes geltenden Vorschriften ist grundsätzlich ausgeschlossen, und es fehlt an jedem Anhalt im Gesetze, wonach bei gewissen Veräußerungsakten, auch beim Vergleiche, eine richterliche Autorisation erforderlich wäre. Wenn aber weder die Regeln von der Vormundschaft gelten, noch eine richterliche Autorisation verlangt werden kann, so bleibt nur die Annahme übrig, daß der Vater überhaupt ohne besondere Ermächtigung handeln kann. Es erscheint gerechtfertigt, die Stellung des Vaters als administrateur im weitesten Sinne aufzufassen. Dem steht nicht entgegen, daß demselben in Art. 389 a. a. O. die Verpflichtung auferlegt ist, in Ansehung des Vermögens, dessen Genuß er nicht hat, über das Eigentum und die Einkünfte und in Ansehung des Vermögens, an welchem das Gesetz Nießbrauch giebt, über das Eigentum allein Rechnung zu legen. Der Vater kann danach gültig über das Eigentum in dem Sinne verfügen, daß das Kind nur auf ihn (nicht etwa auch gegen dritte Erwerber) einen Rückgriff hat.

Nr. 2404. II. Sen. 1. November 1887. II. 148. 87. Bd. 20, Nr. 75, S. 336.

Pfandrecht. Wirkung der Teilung. Simulation. Emancipation. (Rhein. R.). Wenn bei der Teilung der Gütergemeinschaft und des mütterlichen Nachlasses zwischen Vater und Kindern der Erstere den ganzen Nachlaß um eine bestimmte Summe übernimmt, so findet der Art. 883 code civil auch auf die Letzteren Anwendung, so daß den Kindern, welche zur Zeit des Todes der Mutter noch minderjährig, zur Zeit der Teilung emancipiert oder volljährig waren, für jene Summe die gesetzliche Hypothek (Art. 2121 code civil) zusteht. Das Reichsgericht hat zwar in dem Falle Nr. 2278 entschieden, daß der Art. 883 auf das vermögensrechtliche Verhältnis zwischen einem Miterben und seinem Ehegatten nicht auszudehnen ist. Dieser Entscheidung steht jedoch die Ausdehnung des Artikels im Verhältnis der Miterben zu einander auf die Gegenleistung, welche der eine von ihnen für die ihm überlassenen Vermögensstücke empfängt, um so weniger entgegen, als er gerade dazu bestimmt ist, dies Verhältnis der Miterben zu einander zu regeln, und durch diese Ausdehnung nicht nur die Gleichheit dieses Verhältnisses auf beiden Seiten hergestellt, sondern auch eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung der emancipierten Minderjährigen abgewendet wird. Dabei kommt im vorliegenden Falle noch in Betracht, daß die in Geld bestehende Gegenleistung wenigstens mittelbar auch aus dem teils in Geld und abgeschätzten Mobilien bestehenden dem Vater zugewiesenen Nachlasse entnommen werden kann. Überdies wird der Art. 883 auch sonst, sofern das Prinzip, auf dem er beruht, es erfordert, in Fällen angewendet, für die er seinem Wortlaute nach nicht gegeben zu sein scheint, was insbesondere von Licitationen, Cession an einen der Miterben, Teilung anderer als Erbgemeinschaften gilt. — Im vorliegenden Falle hat sich der Kläger

gegenüber dem innerhalb der in Art. 8 des französischen Transskriptionsgesetzes vom 23. März 1855 gesetzten Frist gewahrten gesetzlichen Unterpfandrecht der Beklagten, Tochter des Schuldners des Klägers, darauf berufen, daß ihr die am Schlusse der Teilung ausgestellte Empfangsbescheinigung entgegenstehe, wogegen die Beklagte diese Empfangsbescheinigung als simuliert bezeichnet. Es ist nun als Grundsatz anzuerkennen, wie er auch im gemeinen Recht vertreten wird, daß man sich einem Dritten gegenüber dann nicht auf die Simulation berufen kann, wenn dieser Dritte im Vertrauen auf die Ernstlichkeit des Willens, mit welchem die Eingehung eines Rechtsgeschäfts erklärt worden ist, gehandelt hat und nun dadurch beschädigt werden soll, daß der eine Teil der (scheinbaren) Kontrahenten die Simulation geltend macht. Art. 1321 code civil. Wenn also der Kläger sich nur mit Rücksicht auf die im Teilungsakte enthaltene Quittung zur Kreditgewährung an den Vater der Beklagten hat bestimmen lassen, so würde sich die Beklagte, auch wenn sie nicht die Absicht gehabt hätte, daß durch ihre unwahre Empfangsbescheinigung ein Dritter in Irrtum versetzt werde, nicht auf die Unwahrheit ihrer Behauptung berufen können, wenn sie bei dem Akte volljährig oder gesetzmäßig vertreten gewesen wäre. Als emancipierte Minderjährige bedurfte sie aber zur Erteilung der Quittung der Assistenz eines besonderen Kurators. Ein solcher ist nicht zugezogen, deshalb ist der Akt auf seiten der Beklagten anfechtbar (negotium claudicans) und kann sie diesen Mangel jedem, welcher sich auf den Akt beruft, also auch, wie sie gethan hat, dem Kläger entgegenhalten. (Art. 1124, 1125, 1305 code civil). Nr. 117. Ihre Verletzung ergiebt sich, wenn die Quittierung ohne Zahlungsempfang erfolgt ist. Nr. 2427. Die Anwendung des Art. 1310 code civil ist ausgeschlossen, weil nicht festgestellt ist, daß die Beklagte von einer Absicht ihres Vaters, den Kläger zu täuschen, Kenntnis gehabt habe.

Nr. 2405. II. Sen. 15. März 1889. II. 11. 89. Bd. 23, Nr. 69, S. 314.

Gesetzliches Pfandrecht der Minderjährigen wegen einer ihnen gegen ihren Vater aus der Erb- und Gemeinschaftsteilung auf Ableben ihrer Mutter zustehenden Gleichstellungsforderung. § 2135 Nr. 1 code civil. (Rhein. R.). Das Pfandrecht Art. 2121, 2135 Nr. 1 code civil ist nicht nur für diejenigen Summen gewährt, welche der Vormund wirklich eingezogen hat, sondern auch für diejenigen, welche er hätte einziehen sollen, und selbst für solche, die er im Laufe der Vormundschaft aus von dieser unabhängigen Entstehungsgründen dem Mündel persönlich schuldig geworden ist, da er auch für diese als Vormund verantwortlich geworden, sie also nicht bloß als Schuldner, sondern auch als Vormund zu erstatten verbunden ist. Da nun der Vater als gesetzlicher Vormund der Beklagten das gesamte zur Gemeinschaft und zur mütterlichen Verlassenschaft gehörige Vermögen seiner Kinder in Besitz und Verwaltung hatte, sodann aus der stattgehabten Teilung auf Ableben seiner Ehefrau den Beklagten zur Gleichstellung die fragliche Summe schuldig wurde, welche teilweise an die Stelle der Verbindlichkeit zur dereinstigen Herausgabe des Vermögens getretene Schuld er auch in der bei Abgabe der Vormundschaft abgelegten Rechnung als noch vorhanden anerkannte, und da diese Schuld ihrem Titel nach nicht betagt und ein Vorzugsrecht nach Art. 2109 code civil für sie nicht gewahrt worden ist, so sind die Beklagten schon hiernach berechtigt, das eingetragene Mündelpfandrecht dafür in Anspruch zu nehmen. Daß dem Schuldner und Vormund als Vater der Beklagten bis zu deren Volljährigkeit die nach Art. 601 code civil von der Pflicht der Sicherheitsleistung befreite Nutznießung am Vermögen seiner Kinder zusteht, schließt die Geltendmachung des Mündelpfandrechts für die gedachte in der Nutznießung des Vaters inbegriffene Schuld nicht aus, weil die Verantwortlichkeit des Vaters in seiner Eigenschaft als Vormund durch seine Nießbrauchsberechtigung nicht vermindert ist und die Befreiung desselben von der den Nutznießern in der Regel obliegenden Kautionspflicht den Kindern nicht auch die gegenüber dem Vormunde gesetzlich gewährte Sicherheit des Mündelpfandrechts einschränken soll.

Nr. 2406. III. Sen. 7. Januar 1882. III. 502. 81. Bd. 6, Nr. 43, S. 163.

Recht der Vorkinder bei der Einkindschaft. (Gem. R.). In den Fällen, wo Partikularrecht oder Vertragsinhalt nicht entgegenstehen und wo schlechthin die Einkindschaft der Kinder aus der früheren Ehe vereinbart wird, muß der Erbvertragstheorie der Vorzug vor der Filiationstheorie gegeben werden. Danach wird den Kindern aus der früheren Ehe durch den Einkindschaftsvertrag ein Recht auf Beerbung der Ehegatten der ferneren Ehe vertragsmäßig in der Art zugesichert, daß sie den Erbteil erhalten sollen, der den leiblichen Kindern gesetzlich zusteht; Gegenstand des vertragsmäßigen Erbrechts ist aber der Intestaterbteil, nicht bloß der Pflichtteil. In dem Einkindschaftsvertrage ist einerseits ein Verzicht der Kinder der früheren Ehe auf den ihnen zustehenden Anspruch auf Abschichtung bezw. auf das Vermögen ihres verstorbenen parens, andererseits ein Erbvertrag zwischen den unierenden Eltern und den unierten Kindern enthalten. Hierdurch erhalten sie ein Äquivalent gegen den vorgedachten Verzicht. Darum erscheint die Filiationstheorie nicht gerechtfertigt, wonach die Kinder erster Ehe den Kindern des Stiefparens bloß gleichgestellt werden, so daß auch der Stiefparens die Vorkinder gleich seinen leiblichen Kindern auf den Pflichtteil setzen und sie enterben könnte. Nr. 2407.

Nr. 2407. III. Sen. 13. Januar 1887. III. 183. 86. Bd. 17, Nr. 32, S. 131.

Erbrechtliche Bedeutung der Einkindschaftsverträge. (Gem. R.). In dem Falle Nr. 2406 ist vom Reichsgericht ausgesprochen, daß hinsichtlich der erbrechtlichen Wirkungen eines Einkindschaftsvertrages zunächst und vor Allem der Vertragsinhalt maßgebend ist. In dem damaligen Falle mußte die Vertragswirkung nach allgemeinen Grundsätzen festgestellt worden, weil sich die Kontrahenten darüber nicht ausgesprochen hätten; in dem vorliegenden Falle haben die Kontrahenten ausdrücklich bestimmt, daß das unierte Kind, der jetzige Kläger, mit den aus der Ehe seines Vaters mit seiner Stiefmutter, der jetzigen Erblasserin, etwa erfolgenden Kindern in aller Hinsicht völlig gleiche Rechte erhalte; bei dieser klaren und unzweideutigen Vertragsbestimmung muß es sein Bewenden behalten. Dem Kläger standen daher seiner Stiefmutter gegenüber ganz dieselben Rechte zu, welche ihm zukämen, wenn er ihr leiblicher ehelicher Sohn aus ihrer Ehe mit seinem Vater wäre, mehr Rechte sind ihm nicht beigelegt worden. Der Kläger hat ebensowenig wie ein leibliches Kind die Befugnis, die ihn auf seinen Pflichtteil beschränkende letztwillige Verfügung seiner Stiefmutter anzufechten.

Nr. 2408. IV. Sen. 19./23. November 1891. IV. 294. 91. Bd. 28, Nr. 77, S. 346.

Anwendbarkeit des § 158, I. 14 A.L.R. auf die väterliche und die vormundschaftliche Verwaltung. (Preuß. R.). Die Vorschrift des § 158, I. 14 A.L.R., wonach es einer ausdrücklichen Erlassung der Rechnungslegung gleich zu achten ist, wenn der Prinzipal dem Verwalter eine Rechnung abzufordern durch fünf Jahre vernachlässigt hat, findet auch auf die väterliche und die vormundschaftliche Verwaltung Anwendung. Die gedachte Vorschrift sowie die anderen Vorschriften über die Verpflichtung des Verwalters zur Rechnungslegung (§§ 154ff., 150ff. a. a. O.) sind auf die Natur des zwischen dem Prinzipale und dem Verwalter bestehenden auf wechselseitigem Vertrauen beruhenden Vertragsverhältnisses zurückzuführen, welches es rechtfertigt, die Grenzen der Rechnungslegungspflicht des Verwalters enger zu ziehen. Dieselbe Rücksicht waltet aber auch bezüglich des Verhältnisses zwischen den bei der väterlichen und der vormundschaftlichen Verwaltung beteiligten Personen ob. Andererseits lassen sich innere Gründe nicht erkennen, die das Gesetz bestimmt haben könnten, die fraglichen Vorschriften in ihrer Anwendung auf den Verwalungsvertrag einzuschränken und die entsprechende Anwendung auf die dem Verwaltungsvertrage ähnlichen Rechtsverhältnisse schlechthin auszuschließen. Aus dem Umstande, daß die Vormundschaftsordnung vom

5. Juli 1875 (§§ 56, 67, 68) über die Rechnungslegung des Vormundes einige besondere Vorschriften getroffen hat, kann nicht gefolgert werden, daß die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Rechnungslegung überhaupt nicht anwendbar sein sollen. Dazu tritt, daß für den Fall der gesetzlichen Vormundschaft, da der gesetzliche Vormund vom Vormundschaftsgericht nicht verpflichtet wird und er nicht, wie der bestellte Vormund, der Aufsicht des Letzteren unterliegt, die Anwendung der Vorschriften der Vormundschaftsordnung über die Rechnungslegung nicht in Frage kommen kann (§§ 12, 24, 83 der Vormundschaftsordnung). Die Frage des Umfanges der Anwendbarkeit der §§ 150 ff. a. a. O. ist auch hinsichtlich der Beamten landesherrlicher Kassen und der Verwalter öffentlicher Korporationen, Kommunen, Kirchen und Stiftungen (§ 169 a. a. O.) aufgeworfen. Diesen Personen steht der Schutz der fraglichen Gesetzesvorschriften zu. Dem Fiskus, den milden Stiftungen ist eine längere Frist als die im § 150 a. a. O. vorgesehene von zehn Jahren nicht zu gewähren.

Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

Nr. 2409. II. Sen. 1. März 1892. II. 298. 91. Bd. 29, Nr. 71, S. 288.

Örtliches Recht der Vaterschaftsklage eines unehelichen Kindes. Umfang des Unterhaltungsanspruches. (Rhein. R.). Der Beklagte, früher und jetzt badischer Staatsangehöriger, jetzt in Karlsruhe in Baden sich aufhaltend, hat, während er in einem Orte im Königreich Sachsen in Arbeit stand, die Klägerin erzeugt. Die Klage begehrt bei dem badener Gericht einen Ausspruch dahin, daß der Beklagte das klagende uneheliche Kind als sein (nämlich natürliches) Kind anzuerkennen habe; das klagende Kind will diesen prinzipalen Ausspruch zugleich als Grundlage dienen lassen, um auf die Eigenschaft des Beklagten als (unehelichen) Vaters den weiter gegen den Beklagten geltend gemachten Anspruch auf einen Geldbeitrag zur Erziehung und Ernährung des Kindes zu stützen. Gebaut ist der Klaganspruch nicht bloß auf die Thatsache des Beischlafes des Beklagten mit der Mutter des Kindes, sondern darauf, daß der Beklagte der wirkliche Erzeuger des Kindes sei, und die Zulässigkeit der Feststellung dieser Thatsache wird auf einen Vorgang des L.R.S. 340[a] gestützt. Mit der Klage wird daher von dem klagenden Kinde der Eintritt in die Familie des Beklagten, die rechtliche Eigenschaft des Beklagten als Vaters des klagenden Kindes in Anspruch genommen. Für die familienrechtlichen Verhältnisse einer Person sind aber nach L.R.S. 3 Abs. 3, welcher unter dem Worte „Zustand" (état) insbesondere auch diese begreift, die Gesetze des Staates der Staatsangehörigkeit maßgebend; und zwar sind für den vorliegenden Anspruch die Gesetze des Staates der Staatsangehörigkeit des Beklagten, sonach des badischen Staates, mit der Maßgabe entscheidend, daß, wenn und soweit nach ihnen der Anspruch des klagenden Kindes begründet ist, der Anspruch zuerkannt werden muß unabhängig davon, ob der Anspruch auch nach den Gesetzen des Staates, dem das klagende Kind angehört, sonach des Königreichs Sachsen, begründet wäre. Möchte auch der badische Richter sonstige familienrechtliche Verhältnisse des als berechtigt Auftretenden (des klagenden Kindes), insbesondere für die familienrechtlichen Beziehungen zwischen dem klagenden Kinde und dessen unehelichen Mutter das Gesetz des Staates der Staatsangehörigkeit des klagenden Kindes anzuwenden haben, so folgt doch daraus nicht, daß der badische Richter auf eine familienrechtliche Verpflichtung eines badischen Staatsangehörigen, die der badische Richter bei Anwendung des badischen Gesetzes anerkennen müßte, nicht dieses, sondern das fremde Gesetz anzuwenden habe. Was den für den vorliegenden Anspruch entscheidenden Zeitpunkt hinsichtlich der Staatsangehörigkeit betrifft, so ist die Staatsangehörigkeit des als Vater in Anspruch Genommenen zur Zeit der Geburt des Kindes maßgebend, nicht etwa jene im Zeitpunkte der Erzeugung. Denn wenn auch die Erzeugung eine notwendige Bedingung der Vaterschaft ist, so bestehen doch die Thatsache und der rechtliche Begriff der Vaterschaft erst mit dem Augenblicke der Geburt des Kindes. Andererseits könnte nicht der Umstand entscheidend sein, daß die als Vorgang im Sinne des L.R.S. 340[a] geltend gemachte brief-

liche Äußerung des Beklagten erst in einem der Geburt nachfolgenden Zeitpunkte erfolgt ist. Denn jener Vorgang bildet nicht etwa den rechtserzeugenden Akt für den gerichtlichen Ausspruch der Vaterschaft, sondern nur eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Feststellung der Vaterschaft. Übrigens war unbestritten der Beklagte jederzeit badischer Staatsangehöriger. Wenn in einem früheren Urteile des erkennenden Senats unter den dort näher angegebenen inländischen Beziehungen der badische L.R.S. 34... gegen einen Nichtbadener für anwendbar erachtet wurde, so wurde damit nicht etwa ausgesprochen, daß der Inländer (Badener) nur unter den gleichen inländischen Beziehungen dem badischen Gesetze unterworfen sei. Hiernach ist der Ausspruch der Vaterschaft gerechtfertigt. Dagegen ist der Ernährungs- und Erziehungsanspruch nur gerechtfertigt für die Zeit vom Tage der Klagzustellung an, nicht auch für die Zeit vom Tage der Geburt des klagenden Kindes. An sich hat zwar das Kind gegen den natürlichen Vater einen Anspruch auf Erfüllung seiner gesetzlichen Alimentationspflicht und daher auch auf einen Beitrag hierzu schon vom Tage der Geburt an; allein die gesetzlich obliegende Alimentation und daher auch ein Beitrag hierzu kann von dem klagenden Kinde nur begehrt werden, soweit sie nicht schon erfolgt ist, mag auch diese Alimentation durch andere Personen (insbesondere durch die uneheliche Mutter) geschehen sein. Ob das bereits alimentierte Kind auch gegen den Vater auf Ersatz von Aufwendungen für die Alimentation klagen könnte, ist hier nicht zu erörtern, da eine solche Klage nicht erhoben ist. Es steht auch nicht etwa eine Klage der Mutter des unehelichen Kindes in Frage.

Nr. 2410. III. Sen. 16. Januar 1885. III. 262. 84. Bd. 12, Nr. 56, S. 226.

Erbrecht der unehelichen Kinder. (Gem. R.). Nach gemeinem Recht steht den unehelichen Kindern ein Intestaterbrecht auf den Nachlaß ihres Vaters nicht zu. Während nach dem älteren römischen Rechte uneheliche Kinder überhaupt kein gesetzliches Erbrecht an dem Nachlasse ihres Erzeugers hatten, gab Justinian den Konkubinenkindern in Nov. 18 cap. 5 und Nov. 89 cap. 12 ein Erbrecht auf ein Sechsteil des Nachlasses ihres Vaters, wenn weder eine legitime Ehefrau noch legitime Kinder vorhanden waren, unter gewissen im Gesetze näher hervorgehobenen Voraussetzungen. Nachdem durch das kanonische Recht und die Reichsgesetzgebung (Reichspolizeiordnung von 1530 Tit. 33, von 1548 Tit. 25 § 1, von 1577 Tit. 26 § 1) der Konkubinat verboten war, konnte das in den Novellen den Konkubinenkindern gewährte Erbrecht nicht fortbestehen, weil es an Personen fehlte, bei denen die in dem Gesetze aufgestellten Voraussetzungen zutrafen. Trotzdem wird auf Grund einer fortdauernden Praxis der Gerichte das Intestaterbrecht der unehelichen Kinder als ein gemeinrechtlich allgemein geltendes verteidigt. Auf ein Gewohnheitsrecht oder eine konstante Gerichtspraxis kann aber dies Erbrecht nicht gestützt werden, weil sich ein allgemeiner deutscher Gerichtsgebrauch oder ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht nicht nachweisen läßt.

Nr. 2411. III. Sen. 28. Oktober 1881. III. 456. 81. Bd. 5, Nr. 44, S. 168.

Intestaterbrecht der Brautkinder an dem Nachlasse ihres Erzeugers. (Gem. R.). Die Annahme, daß die Brautkinder ein gleiches Intestaterbrecht gegen ihren Erzeuger wie die ehelichen Kinder haben, kann auf gesetzliche Vorschriften nicht gestützt werden. Es fehlt auch an einer haltbaren Grundlage für den ein Erbrecht der Brautkinder anerkennenden Gerichtsgebrauch, auch besteht nicht ein das ganze Gebiet des gemeinen Rechts beherrschender Gerichtsgebrauch als Ausdruck eines allgemein verbindlichen deutschen Gewohnheitsrechts zu Gunsten der Brautkinder. Abgesehen davon, daß die Doktrin und Praxis in älterer Zeit an die Vorschriften des kanonischen Rechts anknüpfte, hat es niemals, weder in älterer noch in neuerer Zeit, in der Doktrin an Vertretern der entgegengesetzten Ansicht gefehlt, und es ist dieselbe auch von den Ge-

richten zur Anwendung gebracht. Es ist in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob partikularrechtlich, gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich in dem betreffenden Gebiete ein solcher Rechtssatz besteht.

Nr. 2412. III. Sen. 29. März 1881. III 689. 81. Bd. 5, Nr. 99, S. 367.

Klage aus dem Anerkenntnisse der Vaterschaft nach dem Großherzoglich hessischen Gesetze vom 30. Mai 1821. (Gem. R.). Das gedachte Gesetz verbietet nur die unmittelbare Nachforschung nach der außerehelichen Vaterschaft im Civilprozesse, es beseitigt aber nicht die aus der natürlichen Verwandtschaft selbst entspringenden Rechte und Pflichten, sobald der Vater freiwillig geständig ist. Eine Klage, die sich auf ein Anerkenntnis des Vaters stützt, ist daher nach allgemeinen Grundsätzen zulässig und der Beweis des Anerkenntnisses durch jedes Beweismittel gestattet. Dies Anerkenntnis kann ein vertragsmäßiges sein, unter Umständen sogar aus sich selber Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen, soweit dies bei der Begründung von Zustandsrechten rechtlich möglich ist; seiner wesentlichen Bedeutung nach ist es aber ein einseitiger Akt des Vaters, der der bestehenden oder doch als bestehend vorausgesetzten natürlichen Verbindlichkeit aus der unehelichen Vaterschaft eine sichere Grundlage giebt. Deshalb muß es in jeder Rechtshandlung des Vaters, wie in einer bezüglichen letztwilligen Anordnung, in einer Erklärung vor dem Standesbeamten nach der früheren hessischen Gesetzgebung gefunden werden, und genügt es schon, wenn der ernstliche Wille des Vaters, das außereheliche Kind als von ihm erzeugt anzuerkennen, aus den Umständen unzweideutig erhellt. Aus diesem Grunde wird es mit Geständnis gleichbedeutend genommen und zur Begründung der Klage zugelassen, gleichviel wem gegenüber es abgelegt, und ohne Unterschied, ob es gerichtlich oder außergerichtlich, schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen erfolgt ist. Endlich schafft das Anerkenntnis keinen bloßen Beweis der Vaterschaft, sondern es ist das einzige Mittel, das vorhandene Rechtsverhältnis gerichtlich zur Geltung zu bringen, indem es den Richter der verbotenen Nachforschung nach der Thatsache der außerehelichen Erzeugung überhebt. — In ähnlicher Weise, jedoch modifiziert durch gewisse Eigentümlichkeiten des französischen Rechts, hat die französische Jurisprudenz den Art. 340 code civil ausgelegt und angewendet, und es sind ihr darin die belgischen, badischen und deutschen linksrheinischen Gerichte gefolgt. — Das gedachte hessische Gesetz ist nicht ein bloßes Prozeßgesetz und deshalb durch § 14 Nr. 2 des E.G. zur C.P.O. nicht beseitigt. Es ist gleich der Vorschrift in Art. 340 code civil materiellen Rechtes und hat diese Bedeutung auch durch die Usualinterpretation der hessischen Gerichte nicht verloren. Nr. 2413. Nr. 2378.

Nr. 2413. III. Sen. 5. Juli 1889. III. 117. 89. Bd. 24, Nr. 29, S. 155.

Nichtübergang der Verpflichtung des natürlichen Vaters zur Alimentation seines unehelichen Kindes auf die Erben. (Gem. R.). Daß bei dem im Laufe des Prozesses eingetretenen Tode des ursprünglichen Beklagten der streitige Anspruch bereits rechtshängig war, erhebt in Ansehung der für die Zukunft geforderten Alimentationsbeträge nichts zur Sache. Die Vererblichkeit der sonst nicht passiv auf die Erben übergehenden Klagen nach gemeinem Recht durch die Streiteinlassung und nach § 239 C.P.O. durch die Klagerhebung wird nur soweit bewirkt, als der Anspruch geltend gemacht wurde und unbeschadet der der Forderung selbst innewohnenden Eigenschaft. Der Rechtssatz nun, daß der außereheliche Vater zur Alimentation seines Kindes verpflichtet sei, hat sich in Deutschland seit dem Eindringen des römischen Rechts durch die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis ausgebildet und ist seit dem 16. Jahrhundert in eine Reihe von Partikularrechten übergegangen. Auch in Hessen wurde er von den Gerichten schon frühzeitig auf Grund der Kirchenreformationsordnung vom 1. August 1570 § 9 und mit Bezug auf gemeinrechtliche Schriftsteller zur Anwendung gebracht, und es sind

demnächst die Rechte des Kindes auf Anerkennung und Alimentation als „natürliche Ansprüche" gesetzlich bezeichnet worden. Vergl. § 14 der Verordnung vom 18. April 1792. Das Gesetz vom 30. Mai 1821 beseitigte jedoch alle bis dahin bestandenen Strafen des freiwilligen außerehelichen Beischlafes zwischen Personen ledigen Standes, welche in verbotenen Graden miteinander weder verwandt noch verschwägert sind (die sogen. Fornikationsstrafen) und bestimmte zugleich, daß ein gerichtliches Verfahren, welches zum Zweck habe, den angeblichen Vater eines unehelichen Kindes zu entdecken oder zu überführen, nicht mehr stattfinden sollte. Dies Gesetz verbietet nur die Erforschung der außerehelichen Vaterschaft im Prozesse, hat aber nicht die aus diesem Verhältnisse selbst für die Beteiligten entspringenden Rechte und Pflichten aufgehoben, es erscheint daher insbesondere eine Klage wegen Alimentation des außerehelich erzeugten Kindes gegen den Vater zulässig, wenn sie sich auf die Behauptung stützt, daß der Beklagte sich als Vater bekannt habe. Der Rechtstitel, aus welchem jene Alimentationspflicht abgeleitet wird, ist ausschließlich die bestehende oder doch als bestehend vorausgesetzte natürliche Verbindlichkeit aus der unehelichen Vaterschaft. Nr. 2412. Unter solchen Umständen können im gemeinrechtlichen Gebiete des Großherzogtums Hessen für die hier streitige Verpflichtung in Ansehung ihres Überganges auf die Erben keine anderen Grundsätze zur Anwendung kommen, als diejenigen sind, welche für die Alimentation ehelicher Kinder gelten; es muß also die Alimentationspflicht in dem einen wie in dem anderen Falle als eine höchst persönliche angesehen werden, die der Regel nach mit dem Tode des Verpflichteten von selbst erlischt. Ein entgegenstehendes allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht ist nicht anzunehmen, es hat sich um so weniger bilden können, als man über die Frage, auf welchen Rechtsgrund die Alimentationspflicht des unehelichen Erzeugers zurückzuführen sei, sowohl in der Praxis als in der Doktrin von sehr verschiedenen Ansichten ausging.

Nr. 2414. II. Sen. 15. Dezember 1885. II. 364. 85. Bd. 15, Nr. 73, S. 303.

Exceptio plurium concumbentium. Eideszuschiebung. (Reichs- und rhein. R.). Gegen eine nach dem badischen L.R. erhobene Vaterschaftsklage ist die Einrede zulässig, daß die Mutter zur Zeit der gesetzlich unterstellbaren Empfängnis noch mit anderen Mannespersonen geschlechtlichen Umgang gepflogen habe. L.R. S. 340, 340a. Die fragliche Behauptung hat nicht die Bedeutung, daß damit ein Irrtum über eine Voraussetzung des freiwilligen Geständnisses geltend geltend gemacht wird; denn dieses ist nicht der Klaggrund, sondern nur die Voraussetzung für die Klagerhebung und Begründung derselben mit denjenigen Thatsachen, aus denen sich die Vaterschaft ergeben soll, es wird vielmehr mit der gedachten Einrede eine Thatsache geltend gemacht, die geeignet sein kann, die richterliche Überzeugung von der Vaterschaft gerade dieses Beklagten nicht zu begründen. Der Beweis kann durch Eideszuschiebung an die Mutter geführt werden, welche als Vormünderin und gesetzliche Vertreterin ihres minderjährigen Kindes (L.R. S. 393a, §§ 50ff. C.P.O.) den Prozeß führt. Nicht der § 410 C.P.O., sondern der § 335 C.P.O. kommt hierbei in Betracht. In Bezug auf die Eideszuschiebung gilt der Vertreter einer nicht prozeßfähigen Partei selbst als Partei. Nr. 2187.

Nr. 2415. II. Sen. 17. Februar 1891. II. 287. 90. Bd. 27, Nr. 84, S. 334.

Vormundschaft der Mutter über ein von ihr anerkanntes uneheliches Kind. (Rhein. R.). Nach den Vorschriften des in Elsaß-Lothringen geltenden Rechts steht der Mutter eines unehelichen Kindes, auch wenn sie dies anerkannt hat, die Vormundschaft über dasselbe nicht kraft Gesetzes zu. Die Art. 389, 390 code civil beziehen sich bloß auf die Rechtsverhältnisse von ehelichen Kindern. Auch eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften ist nicht gerechtfertigt. Die Art. 158, 383 code civil sind ebensowenig anwendbar. Bei dieser Sachlage muß dem unehelichen Kinde ein Vor-

mund in derselben Weise durch den Familienrat bestellt werden, wie es in Ansehung derjenigen ehelichen Kinder der Fall ist, bezüglich deren eine gesetzliche Vormundschaft nicht besteht.

Nr. 2416. III. Sen. 27. Februar 1894. III. 12. 94. Bd. 32, Nr. 44, S. 169.

Klage der Mutter eines unehelichen Mündels gegen den Vormund auf Herausgabe des Mündels. (Gem. R.). Die Klägerin will im Wege des bürgerlichen Rechtsstreits vom Vormunde die Herausgabe des Mündels erreichen, nachdem die Obervormundschaft ihren Antrag abgelehnt und das Verbleiben des Mündels bei dem ihm vom Vormunde gegebenen Erzieher aus Rücksicht auf das Wohl des Mündels beschlossen hat. Ihrem Klagantrage könnte nur stattgegeben werden, wenn der obervormundschaftliche Beschluß im Wege des bürgerlichen Rechtsstreits angefochten und eventuell vom Prozeßgericht beseitigt werden dürfte. Nun können aber die obervormundschaftlichen Verfügungen, wenn der Richter seine Zuständigkeit nicht überschritten hat, nur in dem für die freiwillige Gerichtsbarkeit festgestellten Instanzenzuge angefochten werden, und dem Berufungsgericht ist in der Annahme beizutreten, daß das Vormundschaftsgericht bei der in Frage stehenden Verfügung in den Grenzen seiner Zuständigkeit geblieben ist. Denn nach römischem Recht (vergl. l. 1 § 1 Dig. ubi pup. educ. 27, 2 und c. 1 Cod. ubi pup. educ. 5, 49) steht die Bestimmung des Erziehers des Pupillen der obervormundschaftlichen Behörde zu; sie soll allerdings letztwillige Anordnungen des Vaters über die Erziehung beachten und eventuell die Mutter in erster Linie berücksichtigen, sie kann aber im Interesse des Pupillen von jenen Anordnungen absehen und aus triftigen zu ihrer Erwägung stehenden Gründen die Mutter übergehen. Der Witwe muß aber insoweit die Mutter eines unehelichen Kindes gleichgestellt werden. Die Reichspolizeiordnungen haben die Stellung der obervormundschaftlichen Behörde für die Frage der Erziehung der Pupillen nicht verändert, und wenn auch viele Landesrechte der Mutter ein selbständiges Erziehungsrecht eingeräumt haben, so ist doch für das Gebiet des gemeinen Rechts eine Änderung der römischrechtlichen Bestimmungen durch eine entgegenstehende konstante gemeinrechtliche Praxis nicht nachweisbar. Muß demnach davon ausgegangen werden, daß die Obervormundschaft bei der im Interesse des Mündels erfolgten Ablehnung der Übertragung der Erziehung auf die Klägerin oder eine andere Person die Grenzen ihrer Zuständigkeit nicht überschritten hat, so ist auch mit Recht vom Berufungsgericht angenommen worden, daß die Klägerin den Anspruch auf Erziehung des Pupillen nicht zum Gegenstande eines bürgerlichen Rechtsstreits gegen den Vormund hat machen können.

Legitimation unehelicher Kinder.

Nr. 2417. III. Sen. 5. März 1889. III. 303. 88. Bd. 22, Nr. 46, S. 223.

Erforderniſſe der Legitimation durch nachfolgende Ehe. Beweisverhältnisse. (Gem. R.). Zu den Rechtsverhältnissen, welche der freien Verfügung der Parteien entzogen sind, welche also durch Anerkenntnis nicht konstituiert werden können, gehört auch die Ehe. Aber nicht bloß deren Existenz und Rechtsbestand, sondern auch die eheliche Verwandtschaft bezw. die Eigenschaft der Ehelichkeit der Kinder kann der Disposition durch Anerkenntnis nicht unbeschränkt anheim gegeben werden. Für die Regel ist festzuhalten, daß in dispositiver den Gegenbeweis ausschließender Weise die eheliche Kindschaft durch Anerkennung nicht festgestellt werden kann. Diese Regel muß auch in den Fällen gelten, wo die Eigenschaft eines ehelichen Kindes nicht aus der Geburt während der Ehe, sondern aus einer Legitimation durch nachfolgende Ehe abgeleitet wird. Die physische Abstammung ist als die unumgängliche Voraussetzung für die rechtlichen Wirkungen der nachfolgenden Ehe in betreff des Kindes zu erachten. Es ist also der Gegenbeweis gegen das Anerkenntnis des Ehemannes zuzulassen. Nr. 3416. Nr. 2371.

Nr. 2418. IV. Sen. 30. September 1889. IV 139. 89. Bd. 25, Nr. 42, S. 204.

Legitimation von im Ehebruche erzeugten Kindern durch nachfolgende Ehe. (Preuß. R.). Aus § 596, II. 2 A.L.R. läßt sich mit Grund nicht folgern, daß im Ehebruche erzeugten Kindern die Legitimation durch nachfolgende Ehe versagt sei. Der § 596 a. a. O., welcher die Legitimation regelt, unterscheidet nicht zwischen im Ehebruche erzeugten und anderen unehelichen Kindern. In zweiter Linie wollen die Beklagten die Legitimation des Klägers deshalb ausgeschlossen wissen, weil die Mutter desselben während der Empfängniszeit mit mehreren Männern geschlechtlichen Verkehr gehabt habe und eine geschlechtlich bescholtene Person gewesen sei. Es ist aber der Erwägung des Berufungsgerichts beizutreten, daß für die Anwendbarkeit des § 9 des Gesetzes vom 24. April 1854 auf den Fall des § 596, II. 2 A.L.R. jeder Anhalt mangelt und namentlich nicht der § 13 jenes Gesetzes herangezogen werden kann, da die für letztere Vorschrift maßgebende Erwägung, daß in den Fällen des § 9 a. a. O. der Beweis der Vaterschaft nicht ausreichend sicher sei, für den Fall des § 596 a. a. O. nicht zutrifft, indem bei diesem die Eheschließung hinzuzutreten hat. Folgerecht hat der Berufungsrichter vom Kläger nur den Beweis der Thatsache erfordert, daß der spätere Ehemann F. der Erzeuger des Klägers gewesen sei. Der Kläger hat diesen Beweis einerseits dahin angetreten, daß F. mit seiner Mutter innerhalb der Empfängniszeit geschlechtlich verkehrt habe, andererseits in Gestalt von formlosen Anerkenntnissen, welche F. in Bezug auf seine Vaterschaft abgelegt haben soll. Die Zulassung des letzteren Beweises seitens des Berufungsgerichts steht im Einklang mit der Doktrin und Praxis des preußischen Rechts.

Annahme an Kindesstatt.

Nr. 2419. III. Sen. 10. April 1896. III. 427. 95. Bd. 37, Nr. 43, S. 164.

Voraussetzungen der Gültigkeit eines Adoptionsvertrages. Einseitiger Rücktritt. (Gem. und preuß. R.). Der Kläger G. und der Ehemann der jetzigen Beklagten v. G. hatten am 23. Juli 1888 schriftlich einen unbeschränkten Adoptionsvertrag abgeschlossen. Nachdem der Vertrag mittels Schreibens des Klägers dem zuständigen Amtsgericht zur Genehmigung vorgelegt war, bestätigte der Ehemann der Beklagten am 8. April 1889 den Vertrag vor Gericht, fügte aber seiner protokollarischen Erklärung bei, daß, da er über sein Vermögen in der Weise letztwillig verfügen wolle, daß seine Gattin seinen Nachlaß bekomme, sein Adoptivsohn G. nur den Anspruch erhalten solle, seinen Namen zu führen. An demselben Tage bestätigte das Amtsgericht die am 23. Juli erfolgte Annahme an Kindesstatt. Die daraufhin erbetene landesherrliche Genehmigung zur Führung des adeligen Namens v. G. durch den Kläger wurde versagt. Einige Jahre später starb der Adoptivvater v. G. mit Hinterlassung eines Testaments, worin er seine Ehefrau, die jetzige Beklagte, zur alleinigen Erbin seines gesamten Nachlasses eingesetzt hatte. Der Kläger erachtet sich durch das Testament für verletzt und beantragt unter Berufung auf das ihm als Adoptivsohn zustehende Pflichtteilsrecht, die Beklagte zur Errichtung eines eidlich bestärkten Nachlaßinventars zu verurteilen. Das Landgericht hat klaggemäß erkannt, das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Auf die Revision des Klägers ist das Berufungsurteil aufgehoben. Das Berufungsgericht hält den Adoptionsvertrag für unwirksam, weil er mit Rücksicht darauf, daß der Kläger als Adoptivsohn den Adel des Adoptivvaters erlangen sollte, der landesherrlichen Genehmigung bedurft hätte und bei Verweigerung derselben als Ganzes nicht zu rechtlicher Wirksamkeit habe kommen können, trotzdem er gerichtlich bestätigt worden sei. Diese aus dem durch die Verordnung vom 26. Juni 1867 in Kurhessen für anwendbar erklärten § 684, II. 2 A.L.R. abgeleitete Ansicht, für die auch auf die Kabinetsordre vom 16. Dezember 1843 Bezug genommen ist, muß als rechtsirrtümlich erklärt werden. Das allgemeine und regelmäßige Erfordernis von Ankindungsverträgen ist die gerichtliche Bestätigung, wogegen der § 684 a. a. O. für die besonderen Fälle be-

stimmt ist, daß der Annehmende von Adel und der Angenommene von bürgerlicher Herkunft ist. Wenn nun der § 684 a. a. O. vorschreibt, daß der Angenommene die Vorrechte und Unterscheidungen des Adels nur mittels besonderer landesherrlicher Begnadigung erhalten solle, so ist damit unzweideutig ausgedrückt, daß eben nur die Erlangung dieser Vorrechte an den Gnadenakt des Landesherrn geknüpft ist, während die sonstigen Wirkungen des gerichtlich bestätigten Adoptionsvertrages bestehen bleiben. Durch die Kabinetsordre vom 16. Dezember 1843 hat nur die fälschliche Auslegung des § 100 Anh. zu § 667, II. 2 A.L.R. beseitigt werden sollen, als ob es die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, daß es der landesherrlichen Begnadigung auch dann bedürfe, wenn der bürgerliche Adoptivsohn nicht den adeligen Stand des Adoptivvaters erhalten sollte. Wenn nun auch das A.L.R. als solches in der Provinz Kurhessen eine revisible Rechtsnorm nicht ist, so haben doch die in Frage stehenden Teile desselben durch deren Einführung in Kurhessen die Eigenschaft der Revisibilität auch für dies Gebiet erlangt. Rechtsirrtümlich ist ferner die Annahme des Berufungsrichters, daß die fragliche Adoption ungültig sei, weil ihr das Erfordernis der Erklärung zu gerichtlichem Protokoll mangele, sofern der Adoptionswille nicht beiderseits zu Protokoll erklärt, sondern vom Kläger nur brieflich dem Gericht gegenüber ausgesprochen worden sei. Unbestritten war schon im vormaligen Kurfürstentum Hessen eine Verschmelzung der Adoption und der Arrogation hinsichtlich ihrer Formerfordernisse insofern eingetreten, als für beide die landesherrliche Genehmigung für erforderlich erachtet wurde. Wenn nun durch den Erlaß vom 10. November 1866 an Stelle des Landesherrn der Justizminister trat und durch die Verordnung vom 26. Juni 1867 die Kreisgerichte, durch § 26 des A.G. zum G.V.G. vom 24. April 1878 die Amtsgerichte als zuständig für Bestätigung der Adoptionsverträge erklärt wurden, so ist nicht einzusehen, weshalb nunmehr die altrömische Form der Erklärung zu Protokoll, die für die Adoptionen und nur für diese bestand, wieder aufgelebt und überdies auch noch auf die Arrogationen ausgedehnt sein sollte. Das Richtige ist, daß in der Provinz Kurhessen, wo die Notwendigkeit der schriftlichen Abfassung von Verträgen als allgemeine Regel nicht besteht, für jede Art der Adoption nur die gerichtliche Bestätigung als alleinige Formvorschrift existiert, soweit es sich nämlich nicht um die Ausnahmefälle der Verordnung vom 26. Juni 1867, also darum handelt, daß mittels der Adoption auch die Übertragung des Adels bewirkt werden soll, für welche letztere noch die landesherrliche Genehmigung einzuholen ist. Rechtsirrtümlich ist auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, daß, da der Adoptivvater durch den Vertrag vom 23. Juli noch nicht gebunden gewesen sei, er von diesem habe zurücktreten bezw. ihn bezüglich seiner erbrechtlichen Wirkungen einseitig habe abändern können und daß die nachfolgende gerichtliche Bestätigung des Vertrages alsdann nur mit dieser Einschränkung habe erfolgen können. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Adoptivvater v. G. mit dem Satze, den er am Schlusse seiner protokollarischen Erklärung beigefügt hat, überhaupt einen teilweisen Widerruf des vorher abgeschlossenen Adoptionsvertrages beabsichtigt habe; denn jedenfalls kann er zu einem solchen einseitigen Widerrufe nicht für berechtigt angesehen werden. Die gerichtliche Bestätigung, die für Ankindungsverträge vorgeschrieben ist, hat den Charakter eines Akts der Rechtsfürsorge in dem Sinne, daß der Richter eine Prüfung anzustellen hat, ob die gesetzlichen Erfordernisse bei dem ihm vorgelegten Geschäfte gewahrt sind. Findet er sie gewahrt und erteilt er demgemäß die Bestätigung, so gelangt der Vertrag zu seiner vollen Rechtswirkung. Aber dies hindert nicht, daß die Vertragschließenden auch schon vor diesem Zeitpunkte an ihren Vertrag gebunden sind. Eine solche Gebundenheit läuft der Natur der Adoption als eines familienrechtlichen Verhältnisses nicht zuwider. Ein Adoptionsvertrag ist vor erfolgter Genehmigung aufzufassen als ein Vertrag mit der stillschweigenden Bedingung abgeschlossen, daß das Gericht seine Bestätigung erteilen werde. Erfolgt die Bestätigung, so ist ein definitives Rechtsverhältnis geschaffen, wird sie versagt, so verlieren die für die beabsichtigte An-

findung getroffenen Vereinbarungen ihre Kraft. In der Zwischenzeit aber bleiben die Paciscenten an ihre Vereinbarung gebunden, wie es bei bedingten Verträgen regelmäßig der Fall ist. Hiernach war der Adoptivvater v. G. nicht berechtigt, einseitig von dem Vertrage vom 23. Juli 1888 zurückzutreten, und da dieser Vertrag die gerichtliche Bestätigung erlangt hat, so ist er allein maßgebend für das zwischen dem Kläger und seinem verstorbenen Adoptivvater entstandene Kindschaftsverhältnis.

Nr. 2420. VI. Sen. 17. Dezember 1896. VI. 233. 96. Bd. 38, Nr. 54, S. 202.

Adoption eines Bürgerlichen durch einen Adeligen. Übertragung des Adels. (Gem. R.). Die Revision greift die Ansicht des Berufungsgerichts an, daß nach gemeinem Rechte die Adoption durch einen Adeligen den Adel des Adoptivvaters auf einen Bürgerlichen nicht übertrage. Dieser Angriff ist nicht begründet. Über die Frage, ob die Adoption bei dem niederen Adel, um welchen es sich hier handelt, eine Erwerbsart des Adels sei, haben früher allerdings verschiedene Ansichten bestanden. Von der Legitimation durch nachfolgende Ehe (des Adeligen mit der Mutter des Bürgerlichen) ist kein Schluß auf die Adoption zulässig. Nimmt man an, daß die Übertragung des Adels auf einer gewissen Gemeinschaft des Blutes beruhe, so kann wohl die Legitimation, aber nicht die Adoption den Adel übertragen, weil zwar die erstere eine natürliche Abstammung voraussetzt, nicht aber die letztere. Eine bestimmte Rechtsnorm, wonach die Adoption den Übergang des Adels von dem Adoptivvater auf den Adoptierten zur Folge haben könnte, ist im gemeinen Rechte nicht vorhanden. Die Vorschriften des römischen Rechts über die Wirkungen der Adoption, namentlich die Regel „adoptio naturam imitatur", können hierüber nicht ohne Weiteres entscheiden; denn der Adel ist ein deutschrechtliches Institut von wesentlich öffentlichrechtlichem Charakter. Auch läßt sich bei der Verschiedenheit der Meinungen nicht annehmen, daß die Bestimmungen des römischen Rechts über die Wirkungen der Adoption, soweit es sich darum handelt, ob der Adel, insbesondere auch der niedere Adel, von dem Adoptivvater auf den Adoptierten übergehe, recipiert sind. Muß man danach auf allgemeine Grundsätze zurückgehen, so kommt man zu dem Resultate, daß die Adoption, wenn sie nicht durch Reskript des Landesherrn erfolgt, ein Fall der hier nicht in Frage steht, dem Adoptierten den Adel nicht verschaffen kann; denn die Vor- und Ehrenrechte, welche mit dem Adel verbunden waren und jetzt noch verbunden sind, unterliegen nicht der Privatverfügung, sondern haben einen öffentlichrechtlichen Chrrakter. Sie können nicht cediert oder abgetreten werden. Vergl. II. Feud. 26 § 9 Adoptivus filius in feudum non succedit. In neuerer Zeit ist man auch allgemein zu der Ansicht gelangt, daß die Adoption, ohne landesherrliches Reskript, den Adel für den Adoptierten nicht begründen kann. Auf demselben Standpunkte stehen auch das preußische A.L.R. § 684, II. 2, das österreichische B.G.B. § 182 und das bayerische Adelsedikt vom 26. Mai 1818 § 2.

Nr. 2421. III. Sen. 15. November 1881. III. 474. 81. Bd. 6, Nr. 45, S. 171.

Intestaterbrecht der Adoptivkinder. (Gem. R.). Den Descendenten einer an Kindesstatt angenommenen Tochter steht gegenüber dem Adoptivvater der Letzteren ein Intestaterbrecht zu. Die Vorinstanz hatte dies nach den Bestimmungen des römischen Rechts verneint, weil die ehelichen Descendenten einer Adoptivtochter zu deren Adoptivvater niemals in einem Agnationsverhältnisse gestanden haben. Nach dem heutigen Recht muß aber davon ausgegangen werden, daß als der eigentliche Zweck der Adoption die Begründung eines Kindesverhältnisses anzusehen ist, die Begründung der väterlichen Gewalt dagegen, wo sie nach den konkreten Verhältnissen zur Entstehung gelangen kann, mit der ihr jetzt noch zukommenden rechtlichen Bedeutung nur als Folge des durch die Adoption begründeten Kindesverhältnisses eintritt, daß also, abgesehen von anderweitiger vertragsmäßiger Feststellung dem Adoptierenden gegenüber für die Adoptierten und ihre

ehelichen Nachkommen ein von der Entstehung der väterlichen Gewalt unabhängiges Erbrecht begründet wird. Nr. 2540.

Nr. 2422. III. Sen. 29. September 1893. III. 105. 93. Bd. 31, Nr. 39, S. 187.

Erbrecht des arrogierten oder voll adoptierten Kindes gegen die agnatischen Verwandten des Adoptivvaters. (Gem. R.). Die Entscheidung über die Revision hängt von der Frage ab, ob dem Kläger als dem arrogierten Sohne eines vorverstorbenen vollbürtigen Bruders des Erblassers ein konkurrierendes Erbrecht neben dessen überlebenden vollbürtigen Brüdern zusteht. Mit Recht ist diese Frage nach dem in Mecklenburg geltenden gemeinen Rechte vom Oberlandesgericht bejaht worden. Während in der älteren Doktrin die Geltung des römischen Adoptionsrechts in Deutschland von einzelnen Rechtslehrern bestritten, von anderen dagegen verteidigt und auf dessen praktische Übung verwiesen wurde, steht in neuerer Zeit die Rezeption und Gültigkeit dieses Rechts im ganzen allgemein anerkannt fest. Streitig ist jedoch noch jetzt, ob und inwieweit die Arrogation und die volle Adoption für das Adoptivkind das Erbrecht eines kognatischen Verwandten gegen die Agnaten des Adoptivvaters begründet. Geht man davon aus, daß das römische Adoptionsrecht, wie es in der Justinianischen Gesetzgebung enthalten ist, als rezipiertes Recht Anspruch auf heutige Geltung hat, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dem Arrogierten oder voll Adoptierten gegenüber den Agnaten des Adoptivvaters die vollen Rechte eines Kognaten zustehen. Vergl. l. 1 § 4 Dig. unde cogn. 38, 8; l. 2 § 3 Dig. de suis hered. 38, 16; l. 23 und 44 Dig. de adopt. 1, 7; l. 4 § 10 Dig. de grad. 38, 10. Tritt danach der Adoptierte zu allen Agnaten des Adoptivvaters für die Dauer der Agnation in ein agnatisches Verhältnis und insoweit auch in die Rechte eines Blutsverwandten, so steht jede engere Begrenzung mit dem Inhalte des Gesetzes in Widerspruch und ist auch die Beschränkung der Verwandtschaft auf die Lebensdauer des Adoptivvaters ohne jede Begründung, da die Agnation mit dessen Tode so wenig erlischt wie durch die deutschrechtliche Emancipation des Adoptivkindes. Die Geltung der rezipierten römischen Vorschriften über die familien- und erbrechtlichen Wirkungen der Arrogation und Adoption wird auch dadurch nicht in Frage gestellt, daß etwa nach heutiger Auffassung der Zweck der Adoption wesentlich in der Begründung eines Eltern- und Kindesverhältnisses zu suchen sein mag. Ebensowenig ist erheblich, ob eine dem römischen Recht entsprechende Ausdehnung der Adoptivverwandtschaft dem heutigen Rechtsbewußtsein entspricht; denn solcher Widerspruch der Rechtsanschauung, welcher sich auch bezüglich der Rechtswirkungen der Legitimation durch nachfolgende Ehe behaupten ließe, kann für die Rechtsprechung nur insofern von Einfluß sein, als er in der Gesetzgebung oder durch Bildung eines abweichenden Gewohnheitsrechts einen normgebenden Ausdruck gefunden hat. Daß sich aber ein gemeinrechtliches vom römischen Recht abweichendes Gewohnheitsrecht gebildet habe, kann nicht angenommen werden, sondern wird durch die bis in die neueste Zeit fortgesetzte thatsächliche Übung der fraglichen Rechtsnormen widerlegt. Nr. 2540.

Nr. 2423. IV. Sen. 20. Juni 1889. IV. 152. 89. Bd. 24, Nr. 51, S. 250.

Anspruch der unehelichen Mutter auf Gestattung des Zutrittes zu ihrem Kinde gegenüber dem Adoptivvater. (Preuß. R.). Der Rechtsweg ist zulässig. Die Ansprüche, welche den Gegenstand des Rechtsstreites bilden, sind, sofern sie überhaupt dem Rechtsgebiete angehören, privatrechtlicher Natur, indem sie sich als Ausflüsse der Rechte der natürlichen bezw. Adoptiveltern bezüglich ihrer Kinder darstellen, und sie berühren an sich das Interesse des Kindes nicht, weshalb nicht ohne Weiteres und nicht in allen Fällen ein Anlaß zu entscheidendem Eingreifen des Vormundschaftsgerichts oder zur Einleitung einer Pflegschaft gegeben ist. Der Rechtsweg ist auch, was das hier allein in Frage kommende Rechtsverhältnis der Parteien untereinander anlangt, dadurch

nicht verschlossen, daß die Vormundschaftsbehörde bereits eine Entscheidung zu Gunsten der Beklagten getroffen hat, in welcher der Kläger einen unzulässigen Eingriff in seine Privatrechte findet. In der Sache selbst erscheint es nicht zweifellos, ob der Beklagten gegenüber dem Kläger in der That ein Rechtsanspruch auf Zutritt zu ihrem Kinde zusteht. Jedoch ist die Frage zu bejahen. Daß der Kläger infolge der Adoption mit dem Rechte der väterlichen Gewalt auch das ausschließliche Recht der Erziehung des angenommenen Kindes überkommen hat, steht außer Frage (§ 681, II. 2 A.L.R.). Aber sowohl im gemeinen Rechte wie nach dem preußischen A.L.R. ist anerkannt, daß auch dem von der Erziehung ausgeschlossenen Elternteil der Verkehr mit seinem Kinde nicht ganz zu versagen sei. Vergl. § 101, II. 2 A.L.R. Nun ist zwar dies Recht in § 101 a. a. O. ausdrücklich nur den Eltern eines in gesetzmäßiger Ehe geborenen oder erzeugten Kindes eingeräumt, deren Ehe durch Scheidung gelöst ist. Allein in dieser Bestimmung ist nur die einzelne Anwendung eines allgemeineren Prinzips zu finden. Auch die Mutter eines unehelichen Kindes hat nach dem Gesetze alle wesentlichen Elternrechte (vergl. §§ 621, 623, 624, 640, 656, 659, II. 2 A.L.R.), wogegen der uneheliche Vater nicht in einem gleichartigen Verhältnisse zu dem Kinde steht (§ 623 a. a. O.). Es liegt kein Grund vor, die uneheliche Mutter in betreff des Zutrittsrechts grundsätzlich schlechter zu stellen, als die wegen ihres verwerflichen Verhaltens von der Erziehung ausgeschlossene eheliche Muter. Das Recht der unehelichen Mutter muß aber auch gegenüber dem Adoptivvater ihres Kindes anerkannt werden, weil es in dem natürlichen Elternverhältnisse wurzelt, welches mit rechtlichen Wirkungen ausgestattet und dadurch zu einem Rechtsverhältnisse erhoben ist, das sich seiner Natur nach gegen Jeden wirksam erweisen muß. Das verwandtschaftliche Verhältnis der Mutter zu ihrem unehelichen Kinde wird durch die Adoption nicht beeinträchtigt (§§ 711, 712, II. 2 A.L.R.). Durch Vertrag könnte dagegen das Zutrittsrecht der Mutter ausgeschlossen werden.

Nr. 2424. IV. Sen. 17. Februar 1890. IV. 242. 89. Bd. 26, Nr. 43, S. 231.

Pflegkindschaftsvertrag. Verzicht auf die Rücknahme des Kindes und auf den Zutritt zu ihm. §§ 772, 773, II. 2 A.L.R. (Preuß. R.). Allerdings ist die Zulässigkeit eines Verzichtes auf die Rückforderung des Kindes von seiten der Eltern in einem Pflegekindschaftsvertrage bestritten. Aber für die Zulässigkeit des Verzichts sprechen die Materialien. Die Auffassung der Redaktoren ging dahin, daß das Rückforderungsrecht im Pflegekindschaftsvertrage ausgeschlossen werden könne. Nun enthält freilich der hier fragliche Pflegschaftsvertrag nicht bloß einen Verzicht auf die Rückforderung des Kindes vor vollendeter Erziehung, sondern einen Verzicht auf alle Mutterrechte, insbesondere auch die Bestimmung, daß die Klägerin ohne Erlaubnis der Pflegeeltern nicht zu ihrem Kinde kommen und sich weder mündlich noch schriftlich nach dem Schicksale ihres Kindes erkundigen dürfe; und die Behauptung, daß die hierin liegende völlige Lösung aller Beziehungen der Mutter zum Kinde gegen die guten Sitten verstoße, läßt sich nicht mit dem Berufungsrichter durch den Hinweis auf die §§ 772, 773, II. 2 A.L.R. widerlegen, nach denen der Pflegschaftsvertrag ohne Einschränkung gestattet sei. Denn diese Bestimmungen wollen nicht die der Vertragsfreiheit sonst gezogenen Grenzen erweitern, und wenn der Pflegschaftsvertrag mit ausschließlicher Übertragung des Erziehungsrechts auf die Pflegeeltern gestattet ist, weil dies abweichend vom gemeinen Rechte (Nr. 2386) nicht als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen wird, so erübrigt sich dadurch nicht die Frage, ob nicht den Vereinbarungen über sonstige durch das Erziehungsrecht der Pflegeeltern nicht bedingte Beschränkungen der mütterlichen Rechte als unsittlich die Anerkennung zu versagen wäre. Allein diese Frage steht hier nicht zur Entscheidung. Gegenstand des Rechtsstreits ist das Erziehungsrecht, nicht das Recht des Zutrittes der Mutter zu dem Kinde. Letzteres kann neben dem Erziehungsrechte der Pflegeeltern bestehen. Nach dem Satze utile per inutile non vitiatur wird jedenfalls

der Vertrag durch den Wegfall der Beschränkung des Zutrittes der Klägerin zu ihrem Kinde nicht auch in seinen übrigen Bestimmungen von selbst hinfällig.

Nr. 2425. VI. Sen. 5. Juli 1894. VI. 108. 94. Bd. 33, Nr. 40, S. 196.

Erwerb der väterlichen Gewalt des unehelichen Vaters durch nachfolgende Eheschließung mit der Mutter des Kindes ausgeschlossen, wenn das Letztere inzwischen von einem Dritten rechtsgültig adoptiert ist. (Gem. R.). Die gemeinrechtlichen Quellen gewähren keinen unmittelbaren Anhalt zur Entscheidung der Frage, ob die Legitimation auch über solche uneheliche Kinder, die nicht mehr gewaltfrei, sondern von einem Dritten adoptiert sind, dem Erzeuger die väterliche Gewalt verschafft, zugleich also der väterlichen Gewalt des Adoptivvaters ein Ende macht. Der Wortlaut der sämtlichen hier in Betracht kommenden Quellenstellen (aus dem römischen Recht c. 10, 11 Cod. de nat. lib. 5, 27; § 13 Inst. de nupt. 1, 10; Nov. 12 c. 4; Nov. 18 c. 11; Nov. 74 pr.; Nov. 78 c. 3 und Nov. 89 c. 8, aus dem kanonischen c. 1 c. 6 X qui filii sint legit. 4, 17) ist von der Beschaffenheit, daß danach alle unehelichen Kinder durch die Heirat ihrer beiden Erzeuger zu ehelichen werden und, soweit überhaupt die väterliche Gewalt darin erwähnt wird, daß sie auch in die Gewalt ihres natürlichen Vaters kommen sollen. Ohne Zweifel ist dabei aber auch nur an gewaltfreie Kinder und gar nicht an die Möglichkeit gedacht, daß ein uneheliches Kind etwa schon in der väterlichen Gewalt eines Dritten stehen könnte; daher findet sich eine ausdrückliche Entscheidung eines solchen Falles in keiner jener Stellen. Vollends führen die Quellen ebensowenig irgendwo, wo von den Aufhebungsgründen der väterlichen Gewalt die Rede ist, unter diesen in Aufhebung der Gewalt eines pater arrogator die Legitimation des Kindes durch nachfolgende Ehe auf. Man ist daher lediglich auf innere Gründe angewiesen. Diese führen nun zunächst dahin, die Verwandlung der unehelichen Kinder in eheliche als eine ausnahmslose Rechtswirkung der nachfolgenden Ehe anzuerkennen, da deswegen das Recht des pater arrogator noch nicht im mindesten beeinträchtigt zu werden braucht; denn auch ein ehelich geborenes Kind könnte nachträglich durch datio in adoptionem oder durch Arrogation nach voraufgegangener Emancipation in die väterliche Gewalt des Dritten gelangt sein. Ebendeshalb scheint es nun aber allgemeinen Grundsätzen zu entsprechen, das einmal erworbene Recht des pater arrogator durch die legitimatio per subsequens matrimonium nicht wieder beseitigen zu lassen, so daß also diese Legitimation die Entstehung der väterlichen Gewalt beim natürlichen Vater in einem solchen Falle ausnahmsweise nicht mit sich bringen würde. Dagegen ließe sich freilich einwenden, wenn volle Gleichstellung des legitimierten Kindes mit dem ehelich geborenen stattfinden solle, dann müsse die Sache so angesehen werden, als wäre das Kind von Anfang an ehelich gewesen, es müsse also eine Rückziehung der Wirkung der Legitimation eintreten, vermöge deren sich für unseren Fall nachträglich herausstellen würde, daß die Arrogation, die ja eben keine datio in adoptionem von seiten des natürlichen Vaters war, von Anfang an ungültig gewesen sei. Zur Annahme einer solchen Rückziehung geben jedoch die Quellen hier keinen genügenden Anhalt, und da die Rückziehung immer eine Ausnahme bleibt, die einer besonderen gesetzlichen Grundlage bedarf, so muß die Rücksicht auf Schonung des erworbenen Rechts den Ausschlag geben. Somit ist anzunehmen, daß infolge einer legitimatio per subseque[illegible] matrimonium der natürliche Vater eines inzwischen arrogierten Kindes ausnahmsw[illegible] nicht die väterliche Gewalt erwirbt, sondern diese in solchem Falle beim Ado[illegible] vater verbleibt.

[illegible] in
chaft
ltes,

§ 94.

Vormundschaft.

B.G.B. §§ 1773—1921.

I. 1633—1748. II. 1655—1798. III. 1749—1897. M. IV. 1008—1274. D. 245 bis 253. E.G. Art. 5, 23, 34 Nr. I, 135, 144, 153, 205, 210—212. Windscheid I. § 71. II. §§ 432—447, 526. Stobbe IV. §§ 263—277. Dernburg I. §§ 72 bis 76. III. §§ 73—89.

Vormundschaft über Minderjährige.

Nr. 2426. II. Sen. 31. Mai 1889. II. 100. 89. Bd. 24, Nr. 66, S. 326.

Vormundschaft. Statutenkollision. (Rhein. R.). Nicht zutreffend ist der zu Gunsten der Anwendung des badischen Rechts auf den vorliegenden Fall, in welchem der dem preußischen Staat als Staatsbürger angehörige Vater mit seinen minderjährigen Kindern nach Baden ohne Erwerb der badischen Staatsangehörigkeit übergesiedelt war, von der Revision aufgestellte Satz, daß zufolge §§ 5ᵃ und 5ᵇ des badischen Rechtspolizeigesetzes vom 6. Februar 1879 in Vormundschaftssachen von den badischen Behörden lediglich das Landesrecht anzuwenden sei. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen für die Eröffnung einer Vormundschaft sind überhaupt in jenem Gesetze nicht enthalten. Die Frage, welches Recht für die Eröffnung einer Vormundschaft über Nichtbadener das maßgebende sei, ist nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts zu entscheiden, und mit Recht geht das angefochtene Urteil davon aus, daß der badische Richter zunächst die positiven Vorschriften seines Landrechts über Kollision der Rechte anzuwenden habe. Nach L.R.S. 3 Abs. 3 erstrecken sich die Gesetze, welche den Zustand und die Rechtsfähigkeit der Personen bestimmen, auf die Inländer selbst alsdann, wenn sie sich im Auslande aufhalten. Zu diesem sogen. Personalstatute gehören auch die Gesetze, welche die Beziehungen des Vaters zu seinen Kindern, die väterliche Gewalt und die Vormundschaft regeln. Diese Vorschrift geht von der Annahme aus, daß auch der Fremde im Inlande nach seinem Personalstatute zu behandeln sei, und giebt damit diesem Rechtssatze die gesetzliche Bestätigung. Auch der Nichtbadener ist also in Beziehung auf väterliche und vormundschaftliche Gewalt nach den Gesetzen seines Heimatsstaates zu beurteilen. Die Revision will nun das badische Familienrecht auf Grund des preußischen Landrechts angewendet wissen, weil der Vater seinen Wohnsitz in Baden gehabt habe und weil, wie das Berufungsgericht selbst anerkenne, das preußische Privatrecht für die Beurteilung von Statutsrechten den jeweiligen Wohnsitz des Familienhauptes, des Ehemannes und Vaters, für entscheidend erkläre. Das Reichsgericht hat zwar bezüglich der Erbfolge die Anwendung des Rechtes des Domizils auf Grund der Heimatrechte des Erblassers für gerechtfertigt erklärt. Nr. 2575. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber um die richtige Auslegung des L.R.S. 3 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 2 code civil, welche dieser Art des Verfahrens entgegensteht. Das Gesetz bezeichnet nicht das Heimatsrecht als dasjenige, nach welchem der bestehende Konflikt zu lösen, das maßgebende Statut erst zu bestimmen sei, sondern es entscheidet die internationalrechtliche Frage selbst, und zwar dahin, daß das Personalstatut des Heimatstaates gelte. Dieser Bestimmung hat der badische Richter zu folgen. Die räumlichen [Gre]nzen des Geltungsgebietes, welche die ausländische Gesetzgebung dem Personalstatute [gese]tt hat, sind für den inländischen Richter nicht maßgebend, sie können durch die [ba]dische Gesetzgebung, deren Macht auf das Staatsterritorium beschränkt ist, für [ihn nic]ht verbindlich werden, vielmehr nur durch die eigene, und diese hat dem Personal[statute] des Ausländers die Geltung ohne Rücksicht auf den Wohnsitz desselben in einem anderen Lande bis zum Wechsel der Staatsangehörigkeit eingeräumt. Hiernach ist zufolge des anzuwendenden preußischen Familienrechtes eine Vormundschaft durch den Tod der Ehefrau über deren Kinder nicht eröffnet worden (§ 11 der preußischen Vor-

mundschaftsordnung vom 5. Juli 1875), es sind daher auch die an eine solche geknüpften Folgen nicht eingetreten und es fehlt dem für die minderjährigen Kinder aufgestellten Vormunde die Legitimation zu deren Vertretung.

Nr. 2427. II. Sen. 17. Dezember 1881. II. 415. 81. Bd. 5, Nr. 92, S. 340.

Umstoßungsklage des Minderjährigen. Satz 1305 badisches Landrecht. (Rhein. R.). Die von dem Vormunde innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse eingegangenen Geschäfte (Verwaltungshandlungen) unterliegen nicht der Anfechtung wegen Verkürzung des Mündels. Der Art. 1305 code civil (badisches L.R.) läßt eine andere Auslegung nicht zu. Der badische Gesetzgeber hat allerdings durch Einschaltung der L.R.S. 1124a, 1124b das französische System erheblich geändert. Diese Abänderung führt jedoch nicht dahin, daß nunmehr auch gegen die von dem Vormunde eingegangenen Verträge die Anfechtung gemäß L.R.S. 1305 statthaft sein müsse; es ergiebt sich vielmehr daraus nur als System des badischen Rechts, daß Handlungen des Minderjährigen anfechtbar sind: ohne Läsion (L.R.S. 1125), wenn er zu solchen nach L.R.S. 1124b nicht befugt war, anderenfalls nur wegen Läsion; wogegen Handlungen des Vormundes unanfechtbar bleiben, solange er keine besonders vorgeschriebenen Förmlichkeiten außer acht gelassen hat. Nr. 2404.

Nr. 2428. II. Hilfs-Sen. 29. November 1880. Va. 161. 80. Bd. 3, Nr. 83, S. 307.

Schenkungen des Vormundes aus dem Vermögen des Mündels. (Preuß. R.). Nach § 38 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 muß angenommen werden, daß eine vom Vormunde vorgenommene Schenkung für nicht geschehen zu erachten ist. Es handelt sich dabei nicht um die Formen der Handlung, sondern um die Berechtigung dazu. Überschreitet der Vormund seine gesetzlichen Befugnisse, so wird das Mündel nicht verpflichtet. Der für Vollmachtsaufträge in § 90, I. 13 A.L.R. ausgesprochene Grundsatz muß auch für die Vormundschaft gelten. Denn die Vormundschaftsordnung enthält die allgemeine gesetzliche Vollmacht des Vormundes. Die Haftpflicht des Vormundes kann begründet werden, wenn das Mündel durch eine unzulässige Schenkung beschädigt ist. Nirgends aber ist bestimmt, daß das Mündel (oder sein Vormund) ein Schenkungsversprechen des Vormundes halten müsse oder daß es das schenkungsweise Gegebene nicht zurückfordern dürfe. Am allerwenigsten ergiebt sich dies aus § 38 a. a. O.

Nr. 2429. II. Sen. 25. März 1890. II. 31. 90. Bd. 26, Nr. 67, S. 350.

Klage des an Stelle der Mutter, die zur zweiten Ehe geschritten ist, ernannten Vormundes auf Beschränkung des Erziehungsrechts der Mutter. (Rhein. R.). Die Klage ist vom Vormunde gegen die Mutter erhoben, der bei ihrer Wiederverheiratung die Vormundschaft nicht belassen worden ist. Wenn nun auch die Vorkehrungen betreffs der Erziehung des Mündels zur Zuständigkeit der Obervormundschaft, also in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, gehören, so kann diese doch nur für das Verhältnis von Mündel und Vormund, nicht aber gegen Dritte wirksame und vollziehbare Anordnungen treffen. Die beklagte Ehefrau kommt der obervormundschaftlichen Anordnung gegenüber lediglich als Dritte in Betracht. Gegen widersprechende Dritte ist aber die gerichtliche Klage das einzige Mittel zur Durchführung der obervormundschaftlichen Anordnung. Die Vormundschaft durfte aber auch gegenüber dem elterlichen Rechte der Mutter die Unterbringung der Töchter, deren Herausgabe sie verweigert, in einer Erziehungsanstalt beschließen. Zwar hat die Mutter mit der Vormundschaft nicht auch zugleich ihr elterliches Recht verloren, wohl aber ist ein Teil seines Inhaltes, insbesondere auch die Fürsorge für die Person des Mündels (Art. 450 Abs. 1 code civil), als Recht und Pflicht auf den Vormund übergegangen und, wenn ihr auch der Anspruch auf Erziehung im elterlichen Hause (Art. 371, 372, 373 code civil) verblieben ist, so ist dies Recht kein absolutes, sondern es liegen der Mutter auch Pflichten ob,

insbesondere die Pflicht, für sittliche Erziehung der Kinder zu sorgen. Wird diese Pflicht verletzt und die Erziehung der Kinder gefährdet, wie hier festgestellt ist, so ist die Klage, soweit sie auf Herausgabe der Töchter gerichtet ist, begründet. Daraus ergiebt sich auch die Rechtfertigung des weiteren Anspruches auf Gewährung einer Unterhaltungsrente, da fortan die Beklagte der ihr nach Art. 203 a. a. O. obliegenden Ernährungspflicht nicht mehr durch Gewährung des Unterhalts im elterlichen Hause genügen kann. Die Verurteilung des beklagten Ehemannes ist in Art. 1409 Nr. 1, 1419, 1421 code civil begründet, denn die Pflicht zur Ernährung vorehelicher Kinder ist eine Mobiliarschuld, welche der Ehefrau bei Schließung der Ehe oblag.

Nr. 2430. V. Sen. 3. Mai 1886. IV. 413. 85. Bd. 16, Nr. 47, S. 205

Rückgängigmachung gesetzwidriger Anlegung von Mündelgeldern. § 39 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. (Preuß. R.). Das Mündel ist, da der Vormund sein gesetzlicher Vertreter ist und ihm die selbständige Verwaltung des Mündelvermögens zusteht, allerdings nicht berechtigt, eine Kapitalsanlage, weil sie nicht den gesetzlichen Bestimmungen gemäß erfolgt ist, nicht als für es geschehen anzuerkennen und ihre Annahme zurückzuweisen. Dagegen ist es befugt, von dem Vormunde zu fordern, daß er die dem Mündel nachteilige Anlage aufhebe und die anderweitige Belegung des Kapitals herbeiführe. Dies Recht des Mündels stellt sich als ein ihm gegen den Vormund zustehendes persönliches obligatorisches Recht dar, und als solches kann es von dem Mündel durch den ihm bestellten Pfleger im Wege der Klage gegen den Vormund geltend gemacht werden. Durch die dem Vormundschaftsgericht beigelegte Befugnis, den Vormund im Aufsichtswege zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten, wird das Recht des Mündels nicht berührt.

Nr. 2431. I. Sen. 20. Dezember 1882. I. 464. 82. Bd. 12, Nr. 34, S. 147.

Rechtsgeschäftswirkung. Thätigkeit des Mitvormundes. Obervormundschaftliche Genehmigung eines Verzichts. (Gem. R.). Nach hamburgischem Recht erlischt die an sich fortdauernde persönliche Verbindlichkeit des früheren Eigentümers eines Grundstücks aus den eingeschriebenen Hypotheken dadurch, daß dem neuen Eigentümer von dem betreffenden Gläubiger eine Zinsquittung ohne Vorbehalt erteilt wird. Im vorliegenden Falle sind drei solcher Quittungen dem neuen Eigentümer erteilt, zwei von der Mutter der klägerischen Pupillen in deren Namen und eine von dem einen der beiden klagenden Vormünder. Den drei Quittungen ist die befreiende Wirkung abgesprochen. Wer die fraglichen Zinszahlungan für die Kinder vom jetzigen Eigentümer entgegenzunehmen hatte, in dessen Wahl stand es, ob er mit Vorbehalt des Rechtes gegen den Beklagten (den früheren Eigentümer des Grundstücks) oder vorbehaltlos quittieren wollte; indem er Letzteres that, beging er, auch was die etwaige Wirkung zu Gunsten des Beklagten anlangt, eine rechtsgeschäftliche Handlung. Es würde ganz willkürlich sein, hier zu unterscheiden und etwa solche Rechtsfolgen, in denen nicht der nächste Zweck des Geschäfts liegt oder die die Rechtsverhältnisse zu einem Dritten betreffen, als sogen. unmittelbare gesetzliche Rechtswirkungen auszusondern. Mit Recht wird auf die Analogie der gemeinrechtlichen expromissio hingewiesen, bei welcher ebenfalls der dritte bisherige Schuldner rechtsgeschäftlich liberiert wird. Diese Wirkung steht nun den von der Mutter erteilten beiden Quittungen nicht zu, weil die Ausstellerin nicht die Vormundschaft über die Kinder geführt hat und sie dadurch, daß der Vater ihr die Verpflegung und Erziehung der Kinder, wie der Beklagte behauptet, sowie die Einkassierung der Zinsen überlassen hat, noch nicht zur legitimierten Vertreterin der Kinder auch für Verzichtshandlungen geworden sein würde. Anlangend die vom Vormunde ausgestellte Quittung, so ist zwar nach gemeinem Rechte jeder von mehreren Mitvormündern in der Regel für sich allein berechtigt, gültig im Namen des Mündels zu handeln, wenn nicht ein anderer der Handlung widerspricht. l. 3 pr., l. 24 § 1 Dig. de adm. tut. 26, 7; l. 7 § 3 Dig.

de cur. fur. 27, 10; l. 14 § 5 Dig. de sol. 46, 3; c. 1 Cod. si ex plur. tut. 5, 40. Aber die hier fragliche Handlung, die mindestens als in der Mitte zwischen dem Falle der Expromission und dem des unentgeltlichen Verzichts liegend anzusehen ist, liegt außerhalb der vormundschaftlichen Befugnis. Die Frage wegen der Notwendigkeit der obervormundschaftlichen Genehmigung bei solchen Geschäften, die eine Verfügung über ein Forderungsrecht des Mündels enthalten, ist allerdings nicht unbestritten. Aus der Kombination der die Zahlungsannahme und die Cession betreffenden Stellen c. 25 Cod. de adm. tut. 5, 37, §§ 2, 3 Inst. quib. alien. 2, 8 und c. 22 § 6 Cod. de adm. tut. 5, 37 in Verbindung mit c. 7 Cod. de praed. et al. reb. 5, 71 ergiebt sich, daß jede Verfügung, wodurch die Kapitalforderung des Mündels in der bisherigen Gestalt zu existieren aufhört, ohne Genehmigung der Vormundschaftsbehörde ungültig ist. In Ansehung der Novation der Forderung eines Mündels, deren Analogie hier nicht ganz abgewiesen werden darf, ist gleichfalls anzunehmen, daß sie nur bei Genehmigung der Vormundschaftsbehörde gültig ist. Vergl. l. 46 § 7 de adm. tut. 26, 7 und c. 22 Cod. de pact. 2, 3. Diejenigen Pandektenstellen, welche die Befugnis des Vormundes zu einer Novation davon abhängig machen, ob die letztere für das Mündel nützlich sei, vergl. l. 22 Dig. de adm. tut. 26, 7; l. 20 § 1, l. 34 § 1 Dig. de nov. 46, 2 berühren die Frage der Notwendigkeit der obervormundschaftlichen Genehmigung nicht. Wie in die Verwaltungsbefugnis des Vormundes Liberalitäten, von Ausnahmen abgesehen, überhaupt nicht einbegriffen sind, so wird bei Novationen eben in dieser Beziehung unterschieden, ob sie dem Mündel vorteilhaft oder nachteilig sind. Nr. 2400.

Nr. 2432. II. Sen. 3. Oktober 1882. II. 2. 82. Bd. 8, Nr. 74, S. 293.

Verwaltungsrecht des Vormundes. Art. 450, 455, 457 code civil. (Rhein. R.). Der Ankauf eines Grundstückes durch den Vormund für den Pflegebefohlenen darf ohne Ermächtigung des Familienrats bezw. des Gerichts unter der Voraussetzung geschehen, daß es sich bei einem derartigen Erwerbe in der That um eine den Grundsätzen einer richtigen Verwaltung entsprechende Vermögensanlage handelt, namentlich also der Restpreis zur Zeit der Fälligkeit aus den Einkünften oder sonst flüssig werdenden Mitteln des Mündels füglich gedeckt werden kann; im anderen Falle ist dieser Erwerb als im Wesen die Kontrahierung einer Darlehnsschuld enthaltend anzusehen, unterliegt daher der Bestimmung des Art. 457 code civil und entbehrt ohne die vorgeschriebene Ermächtigung der Rechtsbeständigkeit.

Nr. 2433. II. Sen. 13. Juni 1884. II. 102. 84. Bd. 12, Nr. 86, S. 332.

Anfechtung von Rechtshandlungen des Vormundes. (Rhein. R.). Der Vormund ist der gesetzliche Repräsentant des Mündels, er vertritt es (Art. 450 code civil) in allen Akten des bürgerlichen Lebens, indem er an dessen Stelle handelt (factum tutoris factum pupilli). Diesen Charakter verliert der Vormund auch dann nicht, wenn er in dem gegebenen Falle, wo ein über das Gebiet der Verwaltung hinausgehender Akt, z. B. eine Veräußerung von Grundstücken, eine Darlehnsaufnahme in Frage steht, ohne die gesetzlich vorgeschriebene obervormundschaftliche Genehmigung handelt. Dieser Umstand bildet einen Mangel, welcher die Klage auf Vernichtung des Aktes aus Art. 1304 code civil begründet, hat aber nicht die Folge, daß letzterer dem Mündel als rechtlich völlig wirkungslos und nicht bestehend zu betrachten wäre. Der Vormund befindet sich, was sein Verhältnis zum Mündel betrifft, nicht in der nach Art. 1984 ff. a. a. O. zu beurteilenden rechtlichen Stellung eines gewöhnlichen Mandatars. Die Zustimmung des Familienrates sowie die Genehmigung des Gerichtes sind auch nicht Erfordernisse, die die formelle Rechtsbeständigkeit eines solchen Aktes bedingen, vielmehr als materielle Schutzmittel, die im Interesse der Minderjährigen vorgeschrieben sind, aufzufassen.

Nr. 2434. I. Sen. 26. März 1881. I. 108. 80. Bd. 4, Nr. 48, S. 166.

Haftung des Vormundes bei Belegung von Mündelgeldern. (Rhein. R.). Bei einer den Grundsätzen der Vormundschaftsordnung zuwiderlaufenden Beleihung von Grundstücken mit Mündelgeldern haftet der Vormund nicht unter allen Umständen für den ganzen Ausfall, sondern nur für den Ausfall, welcher bei dem über das Maß der gesetzlich vorgeschriebenen Sicherheit hinausgehenden Teil der Geldanlage eintritt. Der Vormund handelt nur insoweit vorschriftswidrig, als er bei Geldanlagen das Maß der vom Gesetze verlangten Sicherheit überschreitet. Er ist daher, sofern bloß hierin sein Verschulden gefunden wird, nur wegen des durch die Überschreitung entstandenen Schadens verantwortlich. — Hinsichtlich der Frage, ob ein Verschulden vorliegt, kommt nur die Zeit der Ausleihung der Gelder in Betracht, hinsichtlich der weiteren Frage, ob durch dies Verschulden der eingetretene Schaden entstanden sei, ist auch die Zeit des Verkaufes in Betracht zu ziehen.

Nr. 2435. IV. Sen. 3. April 1884. IV. 541. 83. Bd. 11, Nr. 70, S. 307.

Haftung des Vormundes. (Preuß. R.). In dem Ausleihen von Mündelgeld auf ein Grundstück, wenn eine wie vorgeschrieben beschaffene Taxe nicht vorliegt, ist ohne Zweifel ein Zuwiderhandeln gegen die Vorschrift des § 39 der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 an sich zu finden. Ein solches Zuwiderhandeln giebt dem Mündel nicht die Befugnis, die Kapitalsanlage überhaupt zurückzuweisen und vom Vormunde Herausgabe des angelegten Geldes zu fordern. Dagegen folgt aus der Gesetzwidrigkeit der Anlage die Verpflichtung des Vormundes zum Ersatze des infolge der Anlage, wenn auch ohne ein weiteres hinzutretendes Versehen des Vormundes, für den Mündel erwachsenen Schadens. Nun wird zwar dem auf Ersatz des Schadens in Anspruch genommenen Vormunde der Rechtsbehelf nicht zu versagen sein, daß der Schade auch bei Beobachtung der in Rede stehenden Vorschrift entstanden sein würde. Ein Grundstück kann eine dergestalt zweifellose Sicherheit für das Mündel bieten, daß die Aufnahme einer Taxe in Wahrheit nur als eine überflüssige Förmlichkeit erscheinen würde. Tritt in einem solchen Falle infolge ungünstiger Konjunkturen dennoch ein Ausfall am Kapitale ein, so wird sich der Vormund von der Verantwortlichkeit dem Mündel gegenüber durch den Nachweis frei machen können, daß sich die Kapitalsanlage, wenn das Grundstück zur Zeit derselben gerichtlich abgeschätzt worden wäre, als völlig sicher ergeben haben würde. Solchenfalls müßte angenommen werden, daß es an einem ursächlichen Zusammenhange zwischen der Zuwiderhandlung und dem Schaden gebräche. Aber durch die Beibringung von Thatsachen, aus denen sich bloß ergiebt, daß eine gerichtliche Taxe zur entscheidenden Zeit auf eine bestimmte Summe hätte ausfallen können, nicht aber, daß sie auf diesen Betrag ausgefallen wäre, kann eine unter öffentlicher Autorität aufgenommene Taxe, wie sie § 39 a. a. O. vorschreibt, nicht ersetzt werden. Auch läßt sich eine Ausleihung nicht in der Weise trennen, daß dieselbe nur zu einem Teile als pflichtwidrig angesehen werden kann, wenn eben nur eine Kapitalsanlage vorliegt. Liegt der Fall so, daß angenommen werden muß, die Ausleihung würde bei pflichtmäßigem Verhalten des Vormundes gänzlich unterblieben sein, so muß er für den ganzen Ausfall, den das Kapital bei der Subhastation erleidet, aufkommen. Nr. 2437.

Nr. 2436. IV. Sen. 5. Februar 1891. IV. 268. 90. Bd. 28, Nr. 44, S. 194.

Haftung des Gegenvormundes bei fahrlässig unterlassener Anzeige von Pflichtwidrigkeiten des Vormundes. (Preuß. R.). Der Beklagte wird als ehemaliger Gegenvormund der klägerischen Mündel für den Schaden verantwortlich gemacht, den die Kläger dadurch erlitten haben, daß der frühere Vormund gewisse Pfandbriefe in seinen Nutzen verwendet hat, die nach Einziehung einer Hypothek der Kläger vom Vormunde angeschafft waren. Die Haftung des Beklagten für den Schaden wird von den Vorder-

richtern daraus hergeleitet, daß der Vormund schon früher andere Wertpapiere der Mündel unterschlagen, sie gleichwohl in der gelegten Rechnung als noch vorhanden aufgeführt habe und der Beklagte als Gegenvormund diese Rechnung unterschrieben habe, ohne von dem Nichtvorhandensein der Wertpapiere, von denen er sich hätte überzeugen müssen, dem Vormundschaftsgerichte Anzeige zu machen. Es wird ausgeführt, daß ohne diese Pflichtwidrigkeit des Beklagten (§ 31 Abs. 2, § 56 Abs. 4 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875) die spätere Unterschlagung der Pfandbriefe nicht hätte vorkommen können, weil die Anzeige von der Untreue des Vormundes dessen Entlassung hätte zur Folge haben müssen. Gegen diese Ausführung sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Der Beklagte hat jedoch noch eingewendet, daß er zur Einziehung der fraglichen Hypothek seine nach § 41 Nr. 2 der Vormundschaftsordnung erforderliche Genehmigung nicht erteilt habe, somit den Mündeln, da ihnen der Anspruch gegen den Hypothekenschuldner verblieben sei, durch die Unterschlagung des Vormundes kein Schade entstanden sei. Es steht auch fest, daß die Einziehung der Hypothek ohne Wissen und Genehmigung des Beklagten erfolgt ist. Der Einwand ist vom Berufungsgericht zu Unrecht verworfen. Es verkennt den Begriff des Schadens (§ 1, I. 6 A.L.R.). Daß sich die unterschlagenen Pfandbriefe thatsächlich im Vermögen der Mündel befunden haben, genügt zur Annahme eines den Mündeln erwachsenen Schadens nicht, wenn die vorliegenden Umstände ergeben, daß trotzdem eine Verschlimmerung ihrer Vermögenslage nicht anzunehmen ist. Eine solche ist in Wirklichkeit nicht eingetreten. Die Zahlung der durch Hypothek gesicherten Schuld hatte bei dem Mangel der Genehmigung des Gegenvormundes für die Mündel eine Tilgung der Schuld und der Hypothek zum Nachteile der Mündel nicht zur Folge; bei ausbleibender Genehmigung wäre der bezahlte Betrag zurückzuzahlen gewesen. Daraus folgt, daß auch nach der Unterschlagung der Pfandbriefe den Mündeln die durch die Hypothek gesicherte Forderung, soweit sie vor der Zahlung den Mündeln zustand, verblieben und daß der Schade durch die Unterschlagung in Wirklichkeit nicht den Mündeln, sondern dem Schuldner der Hypothek erwachsen ist, der seines Anspruches an die Mündel auf Zurückgabe des gezahlten Betrages durch die Handlungsweise des Vormundes verlustig ging. Durch die spätere Genehmigung der Löschung von seiten des jetzigen Gegenvormundes hat sich in Bezug auf die Verantwortlichkeit des Beklagten nichts geändert.

Nr. 2437. IV. Sen. 12. Februar 1894. IV. 295. 93. Bd. 33, Nr. 44, S. 209.

Schenkung der Vormünder für den Mündel. Haftung der Vormünder bei Ausleihung einer Hypothek ohne Abschätzung des Pfandgrundstücks für den beim Zwangsverkaufe eingetretenen Ausfall. (Preuß. R.). Der Berufungsrichter hat den Klaganspruch für begründet erachtet, indem er festgestellt hat, daß die Beklagten die nach dem Gesetze (§ 32 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875) von dem Vormunde und dem Gegenvormunde zu beobachtende Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters verabsäumt, auch den besonderen Vorschriften der §§ 38 und 39 der Vormundschaftsordnung zuwidergehandelt haben und daß der Schade, den die Kläger erlitten haben, durch das pflichtwidrige Verhalten der Beklagten verursacht sei. Diese Annahmen lassen eine die Entscheidung beeinflussende Rechtsnormverletzung nicht erkennen. Das Gesetz (§ 38 a. a. O.) versteht unter „Schenkungen" nicht bloß Schenkungen im engeren juristischen Sinne, bei denen der eine Teil durch Übereignung eines in seinem Vermögen befindlichen Gegenstandes ärmer, der andere Teil um diesen Gegenstand reicher wird, sondern jeden positiven Freigebigkeitsakt. Unter den § 38 a. a. O. fallen daher auch Verzichtleistungen auf bereits erworbene Rechte, mithin wie hier der Verzicht auf eine dem Mündel bestellte Sicherheit, sofern die Aufgabe der Rechte den Charakter der Freigebigkeit hat. Das Letztere trifft hier zu, da der Berufungsrichter als unstreitig konstatiert hat, daß dem Kläger ein Äquivalent für die Vorrechtseinräumung nicht gegeben worden ist. Er verneint aber auch, daß das eigene Interesse der Kläger durch

die Bewilligung des Vorrechts gefördert worden und daher insofern durch diese bedingt gewesen sei. Die Beklagten haben es aber ferner entgegen der Anweisung des § 39 a. a. O. unterlassen, sich davon zu überzeugen, daß die Erbteilsforderung der Kläger nach der Vorrechtseinräumung noch pupillarisch sicher stehen würde. Die Vorschrift des § 39 a. a. O. hat zwar unmittelbar nur den Fall der neuen Belegung von Mündelgeldern im Auge, findet aber unbedenklich auch Anwendung auf Fälle der vorliegenden Art, wenn es sich um eine Änderung in der Sicherheitsbestellung handelt. Diese Vorschriften haben die Beklagten, als sie die Vorrechtseinräumung bewilligten, ohne sich vorher durch Vorlegung einer Taxe die Überzeugung zu verschaffen, daß die Erbteilsforderung der Kläger auch nach dem Vortritt der Hypothek, zu deren Gunsten die Vorrechtseinräumung erfolgte, innerhalb der gesetzlichen Wertsgrenze stehen würde, zuwidergehandelt. Es ist nun zwar dem auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Vormunde der Rechtsbehelf nicht zu versagen, daß der Schade auch bei Beobachtung der Vorschrift des § 39 a. a. O. entstanden sein würde. Nr. 2435. Die thatsächlichen Anführungen der Beklagten in dieser Beziehung sind jedoch zur Begründung dieses Rechtsbehelfes nicht für ausreichend erachtet worden.

Nr. 2438. II. Sen. 8. Januar 1897. II. 267. 96. Bd. 38, Nr. 89, S. 335.

Rechtswirkung der vorbehaltlosen Entlastung des Vormundes. (Preuß. R.) Nach § 69 Abs. 2 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 sind nach Beendigung des Amtes des Vormundes das bisherige Mündel, dessen Rechtsnachfolger und der neue Vormund verpflichtet, dem gewesenen Vormunde über treu und richtig geführte Vormundschaft Entlastung zu erteilen. Diese Entlastung bewirkt an sich die Befreiung des Vormundes von der Haftbarkeit aus der geführten Verwaltung, allerdings im einzelnen Falle nur insoweit, als der Inhalt der Entlastungserklärung reicht. Im vorliegenden Falle ist aber die Entlastung *vorbehaltlos* seitens des neuen Vormundes, des jetzigen Vertreters der Klägerin, erteilt worden, und das Oberlandesgericht nimmt an, daß diese sich insbesondere auch auf diejenige Kapitalsanlage, wegen deren der Beklagte in dem jetzigen Rechtsstreit verantwortlich gemacht werden soll, bezogen hat. Daß dabei die Möglichkeit des später eingetretenen Ausfalles bei der Subhastation weder von dem bisherigen noch von dem neuen Vormunde ins Auge gefaßt sein mag, kann die rechtliche Wirkung der Befreiung des Beklagten von der Haftbarkeit für bei der Anlage des Kapitales von seiner Seite vorgekommene Verstöße gegen die einschlägigen Bestimmungen des § 39 der Vormundschaftsordnung nicht in Frage stellen. Es wird vom Oberlandesgericht festgestellt, daß der neue Vormund in der Lage war, jene Kapitalsanlage zu prüfen. Er konnte daher von dem ihm nach § 69 Abs. 3 a. a. O. zustehenden Rechte, insoweit die Entlastung nur mit einem *Vorbehalte* zu erteilen, Gebrauch machen. Wenn er das nicht that, so hat die Entlastung die bedingungslose Befreiung des Beklagten von seiner Haftbarkeit auch bezüglich jener Verstöße zur Folge. Daß auch weder von einem Betruge noch von einem Irrtume im Sinne des § 69 Abs. 4 a. a. O. hier die Rede sein könne, hat das Oberlandesgericht gleichfalls ohne Rechtsirrtum angenommen. Wenn aber die Revision insbesondere geltend macht, der neue Vormund habe sich insofern in einem, auch abgesehen von der Bestimmung des § 69 Abs. 4, zu berücksichtigenden Irrtume befunden, als er thatsächlich angenommen habe, daß die Kapitalsanlage ordnungsmäßig erfolgt sei, so kann auch das als zur Sache erheblich nicht erachtet werden, weil, wenn man auch annehmen wollte, daß der neue Vormund bei Kenntnis jener Sachlage die Entlastung ohne Vorbehalt nicht erteilt haben würde, doch immer nur ein Irrtum in den Motiven in Frage stände, der nach Art. 1110 code civil als wesentlich und daher erheblich nicht erachtet werden könnte. Ob der neue Vormund durch die vorbehaltlose Entlastung seines Vorgängers nunmehr für die nachteiligen Folgen der Kapitalsanlage gegenüber der Klägerin selbst verantwortlich geworden sei, steht hier nicht in Frage.

Nr. 2439. II. Sen. 5. Oktober 1888. II. 159. 88. Bd. 21, Nr. 61, S. 322.

Umfang der nach rheinischem Recht entstandenen gesetzlichen Hypothek des Mündels nach Inkrafttreten der preußischen Vormundschaftsordnung. Mitvormundschaft des Stiefvaters. (Rhein. R.). Aus der Verbindung der Vorschriften Art. 2121, 2122, 2135 code civil und der §§ 32 Abs. 6, 92 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 ergiebt sich, daß zwar die Vormundschaftsordnung das Institut des Mündelpfandrechts nicht anerkennt und auch bei den am 1. Januar 1876 bereits bestehenden Vormundschaften für Ansprüche, welche unter Herrschaft derselben den Minderjährigen erwachsen sind, dies Sicherungsmittel nicht gewährt, daß aber auch andererseits Rechtsverhältnisse, welche von der früheren Gesetzgebung beherrscht sind, durch die Vormundschaftsordnung nicht berührt sind. Im vorliegenden Falle ist der Anspruch des Mündels bereits unter der Herrschaft der früheren Gesetzgebung entstanden. Der Umstand, daß der Vormund das Grundstück erst nach dem Inkrafttreten der Vormundschaftsordnung erworben hat, steht nicht entgegen, weil es sich um ein bereits bestehendes, wenn auch bedingtes Recht des Minderjährigen handelt. Die dem zweiten Ehemanne der Mutter auf Grund des Art. 396 code civil übertragene Mitvormundschaft besteht unter der Herrschaft der neuen Vormundschaftsordnung fort. § 93 Vormundschaftsordnung.

Nr. 2440. II. Sen. 25. März 1884. II. 442. 83. Bd. 11, Nr. 81, S. 347.

Befugnisse des Familienrats. Art. 450, 457 code civil. (Rhein. R.). Die minderjährigen Kinder des H. haben von ihrer Mutter ein Grundstück geerbt, welches zu Eisenbahnzwecken expropriiert ist. Über die Anlage des Kaufpreises faßte der Familienrat einen Beschluß, wonach dafür gewisse Wertpapiere angeschafft und bei der Reichsbank hinterlegt werden sollten, die nur unter Mitwirkung des Beivormundes erhoben werden dürften und von denen der Vater nur die Zinsen beziehen sollte. Der Letztere hat den Beschluß durch Klage gegen die Mitglieder des Familienrates angefochten. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen. Eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, auf welche nach § 13 G.V.G. und § 3 E.G. zur C.P.O. die C.P.O. Anwendung findet, liegt vor. Aber der Art. 457 code civil ist richtig angewendet. Es ist Recht und Pflicht des Familienrates, durch Maßregeln zur Sicherung des an die Stelle der Immobilien getretenen Kapitales die Interessen des Mündels zu wahren. Da in Art. 457 a. a. O. ausdrücklich hervorgehoben ist, daß diese Gesetzesvorschrift auch gegen Vater und Mutter gelten solle, welchen doch in der Regel (Art. 384 code civil) der Nießbrauch am Mündelvermögen zusteht, so kann der Umstand nicht in Betracht kommen, daß dem Kläger kraft Gesetzes oder durch Schenkung seiner verstorbenen Ehefrau eine Nutznießung zusteht.

Vormundschaft über Volljährige. Pflegschaft.

Nr. 2441. III. Sen. 14. November 1879. III. 168. 79. Bd. 1, Nr. 45, S. 107.

Handlungsfähigkeit. Entmündigungserklärung. Pflegschaft. (Preuß. R.). Vor der Entmündigungserklärung ist eine provisorische Anordnung und die Einleitung einer Pflegschaft mit der Wirkung der Entziehung der Handlungsfähigkeit nicht zulässig.

Nr. 2442. I. Sen. 28. April 1883. I. 172. 83. Bd. 9, Nr. 45, S. 180.

Vorläufige Kuratel über einen zu Entmündigenden. (Reichs- und gem. R.). Die Befugnis der Vormundschaftsbehörde zur Anordnung einer vorläufigen Kuratel über den (wegen Geisteskrankheit) zu Entmündigenden ist, wenn sie nach dem Landesrecht begründet ist, durch die Bestimmungen der C.P.O. nicht ausgeschlossen. Die hamburgische Vormundschaftsordnung vom 25. Juli 1879 befindet sich in voller Übereinstimmung mit der C.P.O., wenn sie in Art. 76 bestimmt, daß die Vormundschaftsbehörde erforderlichenfalls die fürsorglichen Maßregeln für die Person und das Vermögen

des zu Entmündigenden gemäß § 600 C.P.O. anzuordnen habe, und hierunter insbesondere auch die Anordnung einer vorläufigen Kuratel versteht. Der einstweilige Kurator nimmt die Stellung des Kurators eines Geisteskranken (curator furiosi) ein und ist in gleichem Umfange wie dieser zum Abschlusse von Rechtsgeschäften mit Dritten im Namen des Kuranden berechtigt. Das Rechtsgeschäft wird dadurch nicht unverbindlich, daß demnächst der Antrag auf Entmündigung zurückgewiesen wird und der zu Entmündigende Widerspruch gegen den Abschluß des Rechtsgeschäfts erhoben hat, vorausgesetzt, daß nicht dem Kurator ein doloses Verhalten aus anderen Umständen nachgewiesen wird. Nr. 2443.

Nr. 2443. VI. Sen. 4. Februar 1897. VI. 301. 96. Bd. 38, Nr. 40, S. 14-

Reichsgesetzliche Zulässigkeit einer landesgesetzlichen Beschränkung der Handlungsfähigkeit durch eine vorläufige Vormundschaft während des wegen Verschwendung eingeleiteten Entmündigungsverfahrens. Der Beklagte hatte einen unterm 1. November 1895 auf ihn gezogenen Wechsel über 2900 Mk. acceptiert. Einige Zeit danach wurde er vom Amtsgericht B. im Königreich Sachsen wegen Verschwendung entmündigt und dies bekannt gemacht. Der vom Aussteller des Wechsels im Urkundenprozesse erhobenen Klage stellte der Vormund des Beklagten den Einwand entgegen, daß dieser bereits am 1. November 1895 unfähig gewesen sei, sich wechselmäßig zu verpflichten. Es war nämlich von dem Amtsgericht in B. infolge eines von der Mutter des Beklagten gestellten Antrages durch Beschluß vom 19. Oktober 1895 angeordnet worden, daß der Beklagte auf Grund des § 3 des sächsischen Gesetzes vom 20. Februar 188[illegible] unter vorläufige Vormundschaft gestellt werde. Von diesem Beschlusse war der Beklagte selbst am 23. Oktober 1895 durch ihm an Gerichtsstelle gemachte zu Protokoll festgestellte Eröffnung in Kenntnis gesetzt werden; eine Veröffentlichung des Beschlusses hatte nicht stattgefunden, ebensowenig eine förmliche Zustellung an den Beklagten. Die erste Instanz wies auf Grund des Einwandes die Klage ab. Die Berufung und demnächst die Revision des Klägers sind zurückgewiesen. Wie schon daraus, daß das sächsische Gesetz die in Rede stehende Maßnahme als vorläufige Vormundschaft bezeichnet, zu entnehmen, von dem Oberlandesgericht aber noch besonders ausgeführt worden ist, soll durch die vorläufige Vormundschaft dem Bevormundeten die Handlungsfähigkeit nicht dauernd geschmälert, sondern nur ein vorübergehender Zustand geschaffen werden, der sich erst durch den Hinzutritt der Entmündigung in einen dauernden verwandelt, im Falle der Zurückweisung des Entmündigungsantrages aber wieder aufgehoben werden muß. Es handelt sich also um eine provisorische Maßregel, die bestimmt ist, in der Zeit zwischen dem Antrage auf Entmündigung und der Entscheidung darüber Schaden abzuwenden, der dem zu Entmündigenden sonst erwachsen könnte. Die Revision bezweifelt nicht, daß der Landesgesetzgebung überlassen geblieben sei, zu bestimmen, daß während des Entmündigungsverfahrens provisorische Maßregeln getroffen werden können, sie meint jedoch, dies könne lediglich im Wege einer einstweiligen Verfügung in den Formen geschehen, die hierfür in der C.P.O. vorgeschrieben sind; diese aber seien im vorliegenden Falle nicht gewahrt worden. Dem ist nicht beizustimmen. Allerdings kann die Landesgesetzgebung vorschreiben, daß Vorkehrungen zum Schutze des zu Entmündigenden im Wege der einstweiligen Verfügung zu treffen seien (§ 16 Nr. 4 E.G. zur C.P.O.), und es mag sein, daß bezüglich der Formen, in denen dann die Verfügungen zu erlassen sind, die C.P.O. maßgebend ist. Allein es kann nicht als zutreffend anerkannt werden, daß die vorläufigen Vorkehrungen zum Schutze desjenigen, dessen Entmündigung beantragt ist, ausschließlich im Wege der einstweiligen Verfügung zulässig sind. Die Vorberatungen zum Entwurfe der C.P.O. ergeben, daß in das Landesrecht insoweit nicht eingegriffen werden sollte, als dasselbe eine „provisorische Kuratel" gestatte oder vorschreibe, es ist sogar eine besondere Bestimmung, § 600 C.P.O., getroffen, um eine rechtzeitige Ergreifung der erforderlichen Maßnahmen der Vormund-

schaftsbehörde zu sichern, und es hat dabei allseitiges Einverständnis darüber bestanden, daß dem Rechte der Vormundschaftsbehörde, auch unabhängig von der in § 600 a. a. O. gedachten Mitteilung eine provisorische Kuratel einzuleiten, in keiner Weise vorgegriffen werden sollte. Nun bezieht sich allerdings die Bestimmung in § 600 C.P.O. nicht mit auf die Entmündigung wegen Verschwendung (§ 621 Abs. 3 C.P.O.); allein da durch die in § 600 gegebene Vorschrift nicht für die Landesgesetzgebung das Recht, vorläufige Vorkehrungen der Vormundschaftsbehörde zu gestatten oder vorzuschreiben, hat statuiert, vielmehr nur die Ausführung der betreffenden landesrechtlichen Bestimmungen hat gesichert werden sollen, so ist aus der Nichterwähnung des § 600 in § 621 Abs. 3 nicht zu folgern, daß bei der Entmündigung wegen Verschwendung die Ergreifung provisorischer Maßnahmen, insbesondere die Einleitung einer provisorischen Kuratel, unstatthaft sein solle. Vergl. §§ 1906, 6, 114, 107 ff. des deutschen B.G.B. Motive Bd. 4, S. 1248 ff. Hiernach ist anzunehmen, daß diejenigen landesrechtlichen Bestimmungen, wonach in der Zeit während des Schwebens des Entmündigungsverfahrens die Vormundschaftsbehörde den zu Entmündigenden unter vorläufige Vormundschaft zu stellen berechtigt war, allgemein, auch bei der Entmündigung wegen Verschwendung, aufrecht erhalten worden sind und dementsprechend (Nr. 3683. Nr. 2726. Nr. 2710. Art. 3 des E.G. zum Deutschen B.G.B.) der Landesgesetzgebung auch anheimgegeben worden ist, entsprechende Bestimmungen neu einzuführen. Als ausgeschlossen muß es aber betrachtet werden, daß es im Willen des Gesetzgebers gelegen habe, für die Einleitung einer vorläufigen Vormundschaft den Vormundschaftsbehörden, die in einzelnen Teilen Deutschlands gar keine Gerichte sind, das für einstweilige Verfügungen im Sinne der §§ 814 ff. C.P.O. geregelte Verfahren vorzuschreiben; vielmehr erscheint es zweifellos, daß das von diesen Behörden zu beobachtende Verfahren sich lediglich nach dem Landesrechte regelt. (Nr. 2442 und die Motive zu dem Entwurfe des Deutschen B.G.B. Bd. 4, S. 1249.) Ebenso ist aber beim Mangel einer in dieser Richtung vorgesehenen Beschränkung der Landesgesetzgebung überlassen geblieben, zu bestimmen, welche Wirkungen die Einleitung der einstweiligen Vormundschaft für die rechtliche Stellung des Bevormundeten während des Entmündigungsverfahrens haben solle. Hiernach stehen der Wirksamkeit der Vorschriften in § 3 des sächsischen Gesetzes vom 20. Februar 1882 und der §§ 81, 81[b], 787 des sächsischen B.G.B., wonach ein wegen Verschwendung vorläufig Bevormundeter während der Dauer des Entmündigungsverfahrens verpflichtende Rechtsgeschäfte ohne Zustimmung des Vormundes nicht vornehmen kann und die von ihm ohne solche thatsächlich abgeschlossenen Geschäfte nichtig sind, aus dem Reichsrecht herzuleitende Bedenken nicht entgegen. Nr. 2442. Ebenso ergiebt sich aus dem Vorstehenden, daß die sämtlichen Darlegungen der Vorinstanz, welche die Unanwendbarkeit der §§ 623, 627 C.P.O. auf die sächsischrechtliche vorläufige Vormundschaft sowie den Zeitpunkt der Wirkung der Vormundsbestellung überhaupt und insbesondere Dritten gegenüber zum Gegenstande haben, durchgängig der Nachprüfung des Reichsgerichts entzogen sind, weil sie allenthalben auf dem irrevisiblen Landesrechte beruhen. Das Oberlandesgericht hat aber ausgeführt: die Folge der Bestimmung des § 3 des sächsischen Gesetzes vom 20. Februar 1882, daß die einstweilige Vormundschaft dem Bevormundeten die Fähigkeit entzieht, sich ohne Zustimmung des Vormundes durch Verträge zu verpflichten, trete nach den Vorschriften des sächsischen Rechts (§§ 81, 787, 1912, 1998 des sächsischen B.G.B.) alsbald mit der Bestellung des Vormundes, nicht erst mit der Zustellung oder sonstigen Bekanntgabe des die Vormundschaft anordnenden Beschlusses an den Bevormundeten oder mit der, überhaupt nicht erforderlichen, Veröffentlichung des Beschlusses ein. Nr. 2442.

Nr. 2444. II. Sen. 19. Oktober 1888. II. 178. 88. Bd. 21, Nr. 62, S. 325.

Minderungsklage. Aufstellung eines Pflegers für Kinder unter elterlicher Gewalt. (Rhein. R.). Der L.R.S. 918 (badisches L.R.) findet auch bei der Aufnahme

eines bestimmten Geldbetrages unter den dem Übernehmer anferlegten Leistungen Anwendung. Der auf Grund des L.R.S. 918 erhobenen Minderungsklage würde die von dem Pfleger der damals minderjährigen Kinder der Erblasserin abgegebene Erklärung entgegenstehen, diese ist aber für dieselben (Kläger) nicht bindend. Beide Eltern derselben lebten und die Zulässigkeit eines Pflegers (tutor ad hoc) zur Vertretung Minderjähriger, auch wenn deren beide Eltern leben und die elterliche Gewalt ausüben, ist im badischen Recht anerkannt. L.R.S. 318, 420ᵇ, 838. Dabei ist aber (L.R.S. 389) vorausgesetzt, daß entgegengesetzte Interessen der Minderjährigen und ihres Vaters vorhanden sind. Diese Voraussetzung fehlt hier, da bloß gesonderte Interessen der genannten bei einem gemeinschaftlich vorgenommenen Akte vorliegen. Der in Rede stehende Übergabevertrag wurde zwischen Frau Z. und einem volljährigen Sohne aus ihrer ersten Ehe, dem Beklagten, abgeschlossen und hatte ein zum Sondervermögen der Übergeberin gehöriges Hofgut zum Gegenstande. Der Ehemann der Übergeberin war also nicht Kontrahent, sondern hatte nur seiner Ehefrau die ehemännliche Ermächtigung zur Vornahme des Geschäftes zu erteilen. Dadurch, daß er diese verweigerte, nahm er zwar Stellung gegen die ohne Vorbehalt der ihm als Vertreter der Gütergemeinschaft zustehenden Nutznießungsrechte beabsichtigte Veräußerung, allein dies verhinderte ihn rechtlich nicht, wenn sie dennoch unter Erwirkung der gerichtlichen Ermächtigung der Frau zustande kam, die darin seinen minderjährigen Kindern ausgesetzten Wohnungsrechte als deren Vertreter anzunehmen.

Nr. 2445. IV. Sen. 8. Oktober 1885. IV. 145. 85. Bd. 14, Nr. 71, S. 269.

Bestellung einer Pflegschaft ohne Beschränkung der Wirksamkeit des Pflegers. § 90 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. (Preuß. R.). Die Frage nach dem Einflusse einer gemäß § 90 der Vormundschaftsordnung erfolgten Pflegschaftseinleitung auf die Handlungs- und Rechtsgeschäftsfähigkeit des Pfleglinges kann nur je nach der Lage des Falles mit Rücksicht auf Grund und Zweck der Bestellung des Pflegers bestimmt werden. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat im vorliegenden Falle das Vormundschaftsgericht nicht ausgesprochen, welche Angelegenheiten dem Pfleger zur Besorgung für die Witwe L. übertragen sein sollten. Es fehlt also an einer Begrenzung des Bereiches, für welchen die Pflegschaft wirksam werden sollte. Die Rechtsgeschäftsfähigkeit der Witwe L. konnte mithin durch die vorliegende Pflegschaftsbestellung überall nicht eingeschränkt werden. Der von ihr ohne Zuziehung des Pflegers geschlossene Vertrag ist darum nicht ungültig.

Nr. 2446. II. Sen. 23. Mai 1884. II. 509. 83. Bd. 11, Nr. 37, S. 188.

Güterpflege nach § 334 St.P.O. (Reichs- und rhein. R.). Durch die Bestimmung in § 334 St.P.O. giebt das Gesetz zu erkennen, daß es den Angeschuldigten, welcher im Sinne des § 318 St.P.O. als abwesend gilt, einem gewöhnlichen Abwesenden gleich geachtet wissen will, also eine Güterpflege in dem Umfange und mit den Befugnissen im Auge hat, wie sie bei wirklich Abwesenden nach Maßgabe der einschlägigen Landesgesetze einzutreten hat. Im vorliegenden Falle ist Art. 112 code civil maßgebend, welcher dem betreffenden Gerichte erster Instanz die Befugnis giebt, die zur Wahrung der Interessen von Abwesenden erforderlichen Maßregeln zu treffen. Zu diesen Maßregeln gehört insbesondere auch die Bestellung eines Kurators, und der in dieser Weise bestellte Kurator ist, wenn seine Befugnisse nicht etwa vom Gerichte beschränkt wurden, befugt, den Abwesenden mit voller rechtlicher Wirksamkeit in Prozessen zu vertreten. Nr. 3922.

Fünftes Buch. Erbrecht.

§ 95.

Erbfolge. Erbschein.

B.G.B. §§ 1922—1941. 2353—2370.

I. 1749—1752, 1755—1757, 1940, 1962, 1964—1974, 2068—2079, 2089, 2090. II. 1799—1818, 2218—2235. III. 1898—1917, 2326—2343. M. V. 1—5, 9—11, 310—314, 349, 350, 353, 357—381, 557—575, 597—600. D. 256—260, 308. E.G. Art. 5, 9, 24—31, 86, 138, 161, 162, 213. Windscheid III. §§ 527—529, 535, 549, 550, 570—574. Stobbe V. §§ 278—280, 286—297. Dernburg III. §§ 90—97, 100, 185—194.

Nr. 2447. VI. Sen. 27. April 1893. VI. 331. 92. Bd. 31, Nr. 40, S. 189.

Örtlich maßgebendes Recht der Erbfolge in den Nachlaß eines im Gebiete des gemeinen Rechts Verstorbenen, der zur Zeit des Todes keinen Wohnsitz hatte. (Gem. R.). Nach den Prinzipien des sogen. internationalen Privatrechts, wie sie in der gemeinrechtlichen Theorie noch ganz überwiegend, in der deutschen Praxis, insbesondere in der des Reichsgerichts, ausnahmslos festgehalten und angewendet werden, ist die Erbfolge, vor Allem also die Frage, wer im Einzelfalle nach dem Gesetze erbfolgeberechtigt ist, nicht nach dem Rechte der Nationalität des Erblassers, sondern nach dem Rechte des Wohnsitzes, den der Erblasser zur Zeit seines Todes hatte, zu entscheiden, es müßte denn, was im vorliegenden Falle nicht zutrifft, ein Staatsvertrag eingreifen, welcher die Frage auf anderer Grundlage regelt. Die Regel, daß in Ansehung der Nachfolge in den Nachlaß eines Verstorbenen das Gesetz des letzten Wohnsitzes des Verstorbenen entscheidend sei, geht allerdings von der thatsächlichen Voraussetzung aus, daß der Erblasser zur Zeit seines Todes einen Wohnsitz hatte, die hier nicht zutrifft. Für die Anwendung der Regel ist es aber gleichgültig, ob der Erblasser ein Deutscher oder ein Ausländer war; dies folgt aus dem Prinzip. Die Frage, ob der Erblasser in dem hier vorliegenden Falle bei der (in seiner frühen Jugend von Hersfeld nach Amerika erfolgten) Auswanderung sein kurhessisches Indigenat beibehielt oder nicht, ob er es durch seinen langjährigen Aufenthalt in den Vereinigten Staaten oder durch den Erwerb des amerikanischen Bürgerrechts verloren hat, ob er des letzteren Bürgerrechts durch seinen nachfolgenden langjährigen Aufenthalt in Deutschland (wo er indessen nirgends einen bestimmten Wohnsitz genommen, vielmehr von einem Orte zum anderen gezogen ist und schließlich in einem Gasthause in Homburg v. d. H. verstorben ist) wieder verlustig geworden oder gar wieder Deutscher geworden ist, kann auf sich beruhen, wobei nur zu bemerken ist, daß für die Entscheidung, ob der Erblasser wieder deutscher Staatsangehöriger geworden, keinesfalls der Staatsvertrag zwischen dem Norddeutschen Bunde und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 22. Februar 1868 allein, sondern wesentlich das Gesetz über die Erwerbung und den Verlust der Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 (bes. § 21) in Betracht käme. Die Frage wäre nur von Bedeutung, wenn in dem zur Beurteilung stehenden Falle deshalb, weil der Erblasser zur Zeit seines Todes einen Wohnsitz nicht hatte, als maßgebendes Recht das-

jenige anzuerkennen wäre, welches in dem Staate, dem der Erblasser angehörte, gilt, mit anderen Worten, wenn nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen über das sogen. internationale Privatrecht in einem solchen Ausnahmefalle das Nationalitätsprinzip als das entscheidende anzusehen wäre. Dies trifft aber nicht zu. Der von den Revisionsklägern ferner aufgestellte Satz, der Richter habe in erster Linie das Recht seines eigenen Landes anzuwenden, ausländisches Recht nur dann und insoweit, als es durch jenes geboten oder gestattet sei, müßte, wenn damit gemeint sein sollte, ausländisches Recht dürfe nur zur Anwendung gebracht werden, wenn durch die Gesetzgebung selbst dessen Anwendung vorgeschrieben oder gestattet sei, durchaus zurückgewiesen werden. Dieser Satz würde für gemeinrechtliche Gebiete, in denen es an gesetzlichen Vorschriften über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen fehlt, zu der längst als unhaltbar erkannten Theorie, daß der Richter im Zweifel stets das inländische Recht anzuwenden habe, zurückführen. Der Satz ist auch nie vom Reichsgericht anerkannt worden; insbesondere liegt er nicht dem von der Revision angeführten Urteil im Falle Nr. 1719 zu Grunde. Wenn es, wie hier, an positiven, gesetzlichen Bestimmungen fehlt, muß eben die Entscheidung aus den als richtig und maßgebend anzuerkennenden gemeinrechtlichen Grundsätzen des internationalen Privatrechts gesucht werden. Wenn diese für einen thatsächlich so gestalteten Fall, wie es der vorliegende ist, die Anwendung des zu St. Louis, als am früheren Wohnsitze des Erblassers, geltenden Rechts ausschlössen, bezw. vielmehr nach ihnen die Anwendung der gemeinrechtlichen Vorschriften über die Erbfolgeordnung als geboten erschiene, dann freilich müßte der Anspruch der Kläger, die ihr Erbrecht auf das in St. Louis geltende Recht gründen, zurückgewiesen werden. In dieser Weise hat das Berufungsgericht auch die Frage, welches Recht für die Erbfolge als maßgebend zu erachten sei, geprüft, und es muß seinen Ausführungen auch insoweit beigetreten werden, als sie sich mit der Darlegung beschäftigen, daß nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen auch im vorliegenden Falle für die Bestimmung der Erbfolge das in St. Louis, als dem früheren Wohnsitze des Erblassers, geltende den Anspruch der Kläger rechtfertigende Recht als maßgebend zu erachten ist. Zunächst steht fest, daß es sich hier nicht um ein Rechtsverhältnis handelt, in Beziehung auf welches zwingende die Anwendung des fremden Rechts ausschließende Rechtsnormen zur Anwendung kommen könnten. In der gemeinrechtlichen Litteratur wurde nun früher auf dem Boden des Domizilprinzips die Frage, wie es sich mit der Erbfolge verhalte, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes einen Wohnsitz nicht hatte, wesentlich nur für den Fall erörtert, daß es sich um die Beerbung eines Vagabunden handle d. h. eines Menschen, der ein Domizil selbständig nie konstituiert hat oder von dem wenigstens ein solches Domizil nicht bekannt geworden ist. Während solchenfalls von der einen Seite für die Erbfolge das am forum originis (Herkunft) des Verstorbenen geltende Recht und im Falle der Ungewißheit hierüber das Gesetz des Ortes, wo der zu Beerbende gestorben ist, als maßgebend angesehen wurde, wurde von anderer Seite gerade das letztere Recht als das in erster Linie zur Anwendung zu bringende erachtet. Savigny unterscheidet dagegen die Fälle, wo es sich um die Beerbung eines Vagabunden in dem erwähnten Sinne und um die einer Person, die erweislich früher einen selbständigen Wohnsitz hatte, diesen aber, ohne einen neuen Wohnsitz zu begründen, aufgegeben hat, indem er nur in dem ersten Falle auf das Recht des forum originis im modernen Sinne d. h. auf den Zeitpunkt, wo die Person (der Vagabund) ohne eigene Wahl einen Wohnsitz gehabt hat, zurückgreift und nur dann, wenn auch dieser Ort nicht zu ermitteln ist, auf das Recht des Aufenthaltsortes verweist, im zweiten Falle das Gesetz des Ortes des früheren (selbständigen) Wohnsitzes für andauernd maßgebend hält. Dies ist die gemeine Meinung geworden und ihr entspricht die der angefochtenen Entscheidung zu Grunde liegende Ansicht, die auch als die richtige anerkannt werden muß. Als ausschlaggebend für die Festhaltung des Rechts des letzten Wohnsitzes muß erachtet werden die Rücksicht auf die Wahrung der für die Beurteilung der

Rechtsverhältnisse einer Person unentbehrlichen Kontinuität, wonach sich die Annahme des Bestehenbleibens eines gewissen Zusammenhanges der Person mit ihrem früheren aufgegebenen Domizile als ebenso gerechtfertigt wie notwendig erweist. Hat Jemand den früher begründeten Wohnsitz aufgegeben, ohne einen neuen zu begründen, so muß eben die Begründung des früheren Wohnsitzes fortwirken, gerade wie eine Änderung des Wohnsitzes die Anwendung des Rechts des neuen Wohnsitzes mit sich bringt, ohne daß es allerdings nötig ist, von einer Fiktion der Fortdauer des früheren Wohnsitzes zu reden. Wie lange der frühere Wohnsitz schon aufgegeben war, ist dabei gleichgültig. Für das preußische Recht vergl. § 24 Einl. A.L.R., der dahin ausgelegt wird, daß das Recht des bisherigen (früheren) Wohnsitzes auch maßgebend bleibe, bis sich der Verzogene durch Ergreifung eines neuen Domizils einem anderen Rechte unterworfen hat. Nr. 2369.

Nr. 2448. III. Sen. 3. März 1896. III. 356. 95. Bd. 36, Nr. 51, S. 205.

Beeinflussung des am Wohnsitze des Verstorbenen geltenden Erbrechts durch das eheliche Güterrecht, nach dem der Verstorbene bis zu seinem Tode gelebt hat. (Gem. R.). Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß das Prozeßgericht nach dem Rechte seines Landes die Frage zu entscheiden hat, nach welchem Landesrechte ein Rechtsverhältnis zu beurteilen sei. Es prüft dann zunächst, ob das württembergische Partikularrecht Bestimmungen darüber enthalte, welchem örtlichen Recht die Beerbung eines in Württemberg Verstorbenen unterliege, und verneint dies. Nach dem hiernach anzuwendenden gemeinen Recht aber richtet sich, wie das Berufungsurteil sodann mit Recht annimmt, die Beerbung nach dem Rechte des letzten Wohnsitzes des Erblassers und zwar ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit zur Zeit seines Todes, im vorliegenden Falle also nach württembergischem, eventuell nach gemeinem Recht, auch wenn der Erblasser bis zu seinem Tode badischer Staatsangehöriger war. Allerdings lebte er mit seiner Ehefrau, der Klägerin, in der Gütergemeinschaft des badischen Landrechts, weil in dessen Bezirke das erste Ehedomizil war, und die Revisionskläger haben auszuführen gesucht, daß in solchem Falle auch die Beerbung nach badischem Landesrecht sich richte. Diese Ansicht ist jedoch nicht zu billigen. Zuzugeben ist, daß in Deutschland Güterrechte vorkommen, die so eng mit dem Erbrecht der Ehegatten verknüpft sind, daß es nur einen Ausfluß des ehelichen Güterrechts bildet, namentlich dann, wenn dem überlebenden Ehegatten sein Anteil an der gemeinschaftlichen Gütermasse in der Form eines Erbrechts gewährt wird. So liegt es aber hier nicht. Beim Tode des einen Ehegatten wird das gütergemeinschaftliche Vermögen entsprechend dessen rechtlicher Natur gleichmäßig geteilt; nur die eine Hälfte bildet den Nachlaß des Verstorbenen und vererbt sich dann nach den allgemeinen Grundsätzen. Es fehlt aber an jedem Grunde für eine Abweichung von der allgemeinen Regel des gemeinen Rechts.

Nr. 2449. III. Sen. 7. Januar 1890. III. 291. 89. Bd. 25, Nr. 30, S. 142.

Maßgebendes örtliches Recht für die Frage, ob einem Verschollenen eine Erbschaft anfallen kann. (Gem. R.). Rechtsirrtümlich ist die Annahme des Berufungsgerichts, daß für die Frage, ob einem Verschollenen eine Erbschaft anfallen könne, das Recht des letzten Wohnsitzes des Verschollenen und nicht das Recht des letzten Wohnsitzes des Erblassers entscheide. Es ist unrichtig, wenn das Berufungsgericht den Satz, daß das Dasein gewisser von dem Vorliegen eines bestimmten gesetzlichen Thatbestandes abhängender Zustände und Eigenschaften einer Person, wodurch deren Rechts- und Handlungsfähigkeit bedingt wird, nach demjenigen örtlichen Recht sich bestimmt, welchem die Person selbst durch ihren Wohnsitz angehört, auf den vorliegenden Fall anwendet. Im vorliegenden Falle handelt es sich um das Recht an einem Nachlasse. Über die Frage, wem der Nachlaß zufällt, entscheiden in der Regel die Gesetze des Ortes, wo der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte. Mangels einer testamentarischen Bestim-

mung des Erblassers sind daher diese Gesetze dafür maßgebend, wenn eine Erbschaft deferiert werden soll und unter welchen Bedingungen sie erworben werden kann. Wenn daher das am letzten Wohnsitze des Erblassers geltende Recht es zuläßt, daß einem Verschollenen eine Erbschaft deferiert werden kann, und daß für diesen ein Abwesenheitsvormund mit der Befugnis, namens des Verschollenen die Erbschaft anzutreten, bestellt werden soll, so ist nicht abzusehen, warum die dadurch für solchen Fall begründete Lebensvermutung nicht auch auf Ausländer Anwendung finden soll, wenn nicht etwa das Gesetz seine Fürsorge ausdrücklich auf inländische Verschollene beschränkt hat. Was aber von der Delation einer Erbschaft nach einem ohne Testament verstorbenen Erblasser gilt, muß auch von der Delation einer Erbschaft aus einem Testamente gelten, insofern nicht das Landesgesetz, dem der Erblasser unterworfen war, seiner Testierfreiheit Schranken gesetzt hat. Nr. 162.

Nr. 2450. II. Sen. 2. April 1889. II. 33. 89. Bd. 23, Nr. 71, S. 323.

Umfang des Erbrechts des anerkannten natürlichen Kindes, wenn der Erblasser neben ihm nur Geschwisterkinder hinterlassen hat. (Rhein. R.). Entgegen der von dem Oberlandesgericht dem Art. 757 code civil gegebenen Auslegung, daß, wenn der Erblasser neben dem anerkannten natürlichen Kinde nur Geschwisterkinder hinterlassen hat, das natürliche Kind drei Viertel (nicht bloß die Hälfte) desjenigen Betrages, welcher ihm als ehelichem Kinde gebührt haben würde, zu beziehen habe, ist das Reichsgericht zu der Ansicht gelangt, daß es nach Art. 757 a. a. O. in solchem Falle nur die Hälfte zu beanspruchen hat. Aus den Art. 740, 750, 751, 753 ist der Wille des Gesetzes zu entnehmen, daß es auch in Art. 757, wenngleich hier zunächst nur die Rechte des natürlichen Kindes geregelt werden sollten, unter dem Ausdrucke Geschwister (frères ou soeurs) auch die Abkömmlinge derselben umfassen wollte, auch wenn es sich im einzelnen Falle nicht um eine unmittelbare Anwendung des Repräsentationsrechtes selbst handelt Bezüglich der Frage, von wann an das Kind von dem ihm gebührenden Anteile Zinsen zu beanspruchen habe, nimmt das Reichsgericht, ohne zu entscheiden, wie sich dies nach dem französischen Rechte verhalten würde, an, daß nach dem badischen Rechte das Kind, falls es nur nach Art. (L.R.S.) 757 (und zwar hierbei mit oder ohne Beschränkung im Sinne der L.R.S. 761, 761a) erbberechtigt ist, gegenüber den gesetzlichen Erben von dem ihm gebührenden Nachlaßanteile Früchte oder Zinsen erst vom Tage der gerichtlichen Anforderung an zu beanspruchen hat. Maßgebend hierfür ist die Bestimmung des L.R.S. 757a, wonach dem Kinde in den Fällen des L.R.S. 757 an die gesetzlichen Erben nicht ein Anspruch auf einen Erbteil als solchen, sondern nur ein schuldartiger Anspruch zusteht. Seine Befugnis bezüglich des Genusses von Früchten und Zinsen kann daher gegenüber den gesetzlichen Erben jedenfalls nicht günstiger sein, als die eines Erbstücknehmers nach Art. (L.R.S.) 1014.

Nr. 2451. II. Sen. 4. Juni 1880. II. 113. 80. Bd. 2, Nr. 93, S. 354.

Erbrecht der Seitenverwandten. (Rhein. R.). Die Frage, wer zur gesetzlichen Erbschaft berufen sei, ist nach dem zur Zeit des Anfalles der Erbschaft geltenden Rechte zu beurteilen. Dieser in der Wissenschaft anerkannte Grundsatz findet auch in Landrechtssatz 2b (badisches Landrecht) seinen Ausdruck und ist in Ziffer X. 1 des ersten Einführungsedikts zum Landrecht bestimmt ausgesprochen. Nach dem Gesetze, unter dessen Herrschaft die Erbschaft eröffnet worden, muß auch entschieden werden, ob ein das Erbrecht begründendes verwandtschaftliches Verhältnis zum Erblasser bestanden habe. Nach badischem Landrecht wird nur durch eheliche Verwandtschaft ein Erbrecht begründet, aus den Landrechtssätzen 338, 756, 723, 724 ergiebt sich unzweifelhaft, daß in den Landrechtssätzen 733ff. nur von ehelichen Verwandten die Rede ist. Die Beklagten, Seitenverwandte der Erblasserin durch die unehelich geborene Mutter derselben, beanspruchen gegenüber den Verwandten der väterlichen Seitenlinie die Hälfte

des Nachlasses; eine besondere gesetzliche Vorschrift, welche ihnen ausnahmsweise einen Erbanspruch verleiht, stehen ihnen nicht zur Seite. In Ziffer VII und X des ersten Einführungsedikts zum Landrechte ist eine solche Bestimmung nicht zu finden.

Nr. 2452. III. Sen. 21. September 1886. III. 66. 86. Bd. 16, Nr. 34, S. 153.

Voraussetzung des Erbrechts der armen Witwe. Recht der auf einen Bauernhof aufgeheirateten Frau auf Rückforderung des in den Hof Eingebrachten. (Gem. R.). Voraussetzung des Erbrechts der armen Witwe ist allerdings, daß der verstorbene Mann wohlhabend (locuples) gewesen ist; dies setzt aber nicht voraus, daß das von dem verstorbenen Ehemanne hinterlassene Vermögen zum Unterhalte seiner Witwe und seiner Kinder ausreichend sei, sondern es ist unter Berücksichtigung der Verhältnisse des einzelnen Falles, der Standes- und persönlichen Verhältnisse der Beteiligten, zu entscheiden, ob das hinterlassene Vermögen als ein solches anzusehen ist, daß der Erblasser als wohlhabend zu bezeichnen ist, was wohl geschehen kann, wenn auch das Vermögen für sich allein nicht ausreichend ist, die Witwe und die Kinder dauernd zu unterhalten. — Für Meiergüter gilt allerdings der Grundsatz, daß der Regel nach die auf einem Meierhof aufgeheiratete Meiersfrau das von ihr als Brautschatz Eingebrachte nicht zurückfordern kann. Nr. 2083. Für andere Bauerhöfe hat dieser Satz aber eine allgemeine Geltung nicht erlangt, sondern besteht nur partikularrechtlich, sofern die Frau auf einen Bauerhof heiratet und dem Besitzer eines Bauerhofes einen Brautschatz zubringt.

---

§ 96.

Rechtliche Stellung des Erben.

B.G.B. §§ 1942—2063.

I. 888, 1972, 1974, 2025—2044, 2051—2067, 2080—2164. II. 1819—1936. III. 1918—2038. M. III. 356. V. 375—377, 378—381, 485—516, 525—556, 575—711. D. 261—283. E.G. Art. 137, 140, 147, 148. Windscheid III. §§ 594 bis 622. Stobbe V. §§ 278—285. Dernburg III. §§ 99, 100, 213, 216—233, 237—247.

Annahme und Ausschlagung der Erbschaft.

Nr. 2453. I. Sen. 15. Juni 1881. I. 530. 81. Bd. 6, Nr. 35, S. 143.

Pro herede gestio durch Zahlungsanerbieten. (Gem. R.). Als pro herede gestio muß jede Handlung gelten, in welcher der Wille des berufenen Erben, Erbe zu sein, zum Ausdruck gelangt. Dies geschieht nicht allein durch solche Handlungen, welche eine andere Auslegung als die, Erbe sein zu wollen, überhaupt nicht zulassen, auch nicht allein durch solche Handlungen, welche eine andere Auslegung für die Regel nicht zulassen, vielmehr kann jener Wille auch durch solche Handlungen zum Ausdruck gelangen, welche geeignet sind, diesen Willen auszudrücken, ohne daß sich darüber eine Regel aufstellen läßt, ob der Handlung dieser Art ein solcher Wille zu Grunde zu liegen pflegt. Es ist dann Sache der konkreten Feststellung, darüber zu befinden, ob im vorliegenden Falle und unter Berücksichtigung der Umstände anzunehmen ist, daß jene Handlung mit dem bezeichneten Willen vorgenommen worden ist. Zu Handlungen der letztgedachten Art ist auch ein Angebot zu zählen, welches der berufene Erbe einem persönlichen Gläubiger dahin macht, er wolle ihn durch Verpfändung an Nachlaßgrundstücken sicher stellen. § 7 Inst. de hered. qual. 2, 19: l. 20 pr. Dig. de acquir. v. om. her. 29, 2.

Nr. 2454. I. Sen. 16. April 1881. I. 222. 80. Bd. 4, Nr. 50, S. 171.

Erwerb der Erbschaft durch den Vertragserben. Befugnis des Konkurskurators zur Antretung einer dem Kridar angefallenen Erbschaft. (Gem. R.). Mag man den Erbeinsetzungsvertrag als ein einziges Geschäft auffassen oder ihn in zwei Geschäfte, eine einseitige letztwillige Verfügung und einen vertragsmäßigen Verzicht auf Zurücknahme derselben zerlegen, jedenfalls wird dadurch nicht die Erbschaft übertragen, sondern nur das Recht auf Beerbung, so daß dadurch nur ein Delationsgrund entsteht, zum Erwerbe der Erbschaft dagegen bei vertragsmäßiger Erbfolge die Antretung der Erbschaft in demselben Umfange wie bei testamentarischer Erbfolge erforderlich ist. Der Konkurskurator, dem allerdings vor der R.K.O. in mehreren deutschen Staaten das Recht beigelegt war, dem Kridar während des Konkurses anfallende Erbschaften zu erwerben, ist hierzu nach dem gemeinen Recht nicht befugt, mag man annehmen, daß nach gemeinem Recht ein vom Gemeinschuldner während des Konkurses gemachter Erwerb überhaupt nicht in die Konkursmasse fällt oder daß derselbe schlechthin oder wenigstens der unentgeltliche Erwerb zur Konkursmasse gezogen werden könne. Jedenfalls sind die Befugnisse des Konkurskurators auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners beschränkt und schließen das Recht zur Vertretung der Person desselben, insbesondere bei Erwerbshandlungen, nicht in sich.

Nr. 2455. I. Sen. 15. April 1882. I. 210. 82. Bd. 7, Nr. 42, S. 132.

Anwendbarkeit der Regel: „Der Tote erbt den Lebendigen." (Gem. R.). Der deutschrechtliche Grundsatz: „Der Tote erbt den Lebendigen" bezog sich auf Erbschaften im römischen Sinne überhaupt nicht. Da dem deutschen Rechte des Mittelalters die Auffassung der Erbschaft als eines das Aktiv- und Passivvermögen des Verstorbenen umfassenden Begriffsganzen und der Gedanke der Universalsuccession überhaupt fremd war, so konnte auch von Anfall und Erwerb der Erbschaft im römischen Sinne nicht die Rede sein, und es hatte die Regel, daß der Tote den Lebendigen erbt (zum Erben macht), nur den Sinn, daß die einzelnen Sachen und Rechte des Verstorbenen bei dessen Tode von selbst auf den Erben übergehen. Als nun durch Aufnahme des römischen Rechts auch die Begriffe von Erbschaft und Erbfolge als Universalsuccession und die römische Unterscheidung zwischen Delation und Erwerb der Erbschaft zu gemeinrechtlicher Geltung gelangten, wurden jene Begriffe auf eine jede Succession von Todes wegen in die ganze Erbschaft oder eine Erbschaftsquote angewendet ohne Unterschied, ob der Delationsgrund im römischen oder nur im einheimischen Rechte anerkannt war. Es ist daher folgerichtig, daß auch die römischen Grundsätze über den Erwerb der Erbschaft als gemeinrechtliche Regel ohne Unterschied zwischen römischen und deutschrechtlichen Delationsgründen zur Anwendung kommen. Dies gilt zunächst von der Delation der Erbschaft durch Erbeinsetzungsvertrag. Nicht minder bedarf der Testamentserbe, welcher durch ein in einer deutschrechtlichen Form errichtetes Testament zur Erbfolge berufen ist, zum Erwerbe der Erbschaft der Antretung derselben. Auch die Intestaterbfolge der Ehegatten anlangend, ist es zur Zeit die herrschende Meinung, daß bei der deutschrechtlichen Erbfolge der Ehegatten, soweit nicht partikularrechtliche Normen entgegenstehen, die gemeinrechtliche Regel zur Anwendung kommt, daß der überlebende Ehegatte erst durch Antretung Erbe wird. Demgemäß ist auch anzunehmen, daß die Eltern, die kraft Schoßfallrechts in weiterem Umfange als nach römischem Rechte zur Erbfolge berufen sind, der Antretung der Erbschaft bedürfen, um Erben zu werden. Nun hat sich zwar der deutschrechtliche Grundsatz über den Erwerb des Nachlasses in gewissem Umfange auch nach der Aufnahme des römischen Rechts in Geltung erhalten. Dies ist aber, soweit es sich um eine Universalsuccession handelt, nur in einzelnen Partikularrechten und in solchen Fällen der Intestaterbfolge geschehen, in denen die Erbschaft auf eine Person übergeht, die mit dem Erblasser durch das engere Familienband ver-

bunden war, das seit den ältesten Zeiten als zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern und Geschwistern bis zur Absonderung von der häuslichen Gemeinschaft bestehend anerkannt wurde.

Nr. 2456. III. Sen. 2. November 1880. III. 627. 80. Bd. 3, Nr. 55, S. 193.

Erbschaftsanfall an einen Wahnsinnigen. (Gem. R.). Der Kurator eines wahnsinnigen Volljährigen, dem eine Erbschaft anfällt, erwirbt für denselben nach gemeinem Rechte nur den vorläufigen Verwaltungsbesitz. c. 7 § 3 Cod. de cur. fur. 5, 70. Diese besondere Bestimmung des gemeinen Rechts ist durch ein entgegenstehendes allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht keineswegs aufgehoben, wird vielmehr in Theorie und Praxis fast ausnahmslos noch für anwendbar erachtet. Stirbt der Kurande im Wahnsinne, so fällt, wenn er Miterben hatte, sein Erbteil an diese nach den Grundsätzen des Anwachsungsrechts (c. un. Cod. de cad. toll. 6, 51). Zu einem anderen Ergebnisse führt der Inhalt der c. 7 § 8 Cod. de cur. fur. 5, 70 nicht. Denn dies Gesetz redet gar nicht von dem Falle, wenn der Wahnsinnige Miterben hatte, setzt vielmehr voraus, daß er allein zu einer Erbschaft berufen war. Diese Ausschlagung einer Erbschaft zu Gunsten eines Dritten ist eine Antretung der Erbschaft mit gleichzeitiger Übertragung derselben auf den Dritten. l. 20 § 4 Dig. de acquir. hered. 29, 2.

Nr. 2457. IV. Sen. 14. November 1892. IV. 204. 92. Bd. 30, Nr. 75, S. 260.

Wirksamkeit der vor der Testamentspublikation erklärten Erbschaftsentsagung des eingesetzten Erben. § 242, I. 12; §§ 367, 368, 383, I. 9 A.L.R. (Preuß. R.). Nach den §§ 367, 368, I. 9 A.L.R. gilt zwar auch für die testamentarische Erbfolge der Grundsatz, daß die Erbschaft dem zur Nachfolge Berufenen zufällt, sobald der Erblasser verstorben ist. Da aber die testamentarische Berufung erst durch die Publikation des Testaments rechtlich in die Erscheinung tritt, so bleibt es vorher nicht nur ungewiß, wer Erbe geworden sei, sondern es kann auch der berufene Erbe als solcher im Rechtsleben eine Anerkennung so lange nicht finden, als der den Grund des Erbanfalles bildende Wille des Erblassers noch nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise offenkundig gemacht ist. Durch ausdrückliche Vorschrift des § 242, I. 12 A.L.R. ist demgemäß das Recht des Testamentserben, die Erbschaft anzutreten, an die Voraussetzung der erfolgten Publikation des Testaments geknüpft. Hieraus ergiebt sich zunächst, daß der Lauf der Überlegungsfrist (§§ 384, 385, I. 9 A.L.R.) erst mit der Publikation des Testaments und nicht schon mit einer über Existenz und Inhalt der letztwilligen Verfügung früher erlangten subjektiven Kenntnis des Erben beginnen kann. Andererseits ergiebt sich damit auch der entscheidende Gesichtspunkt für die Beantwortung der Frage, welche Wirksamkeit einer vom eingesetzten Erben nach erfolgtem Erbanfalle, aber vor Publikation des Testaments abgegebenen Erbschaftsentsagungserklärung beizulegen ist. Denn wenn davon ausgegangen werden muß, daß erst die gesetzlich geregelte Offenbarung des letzten Willens, also der Akt der Testamentspublikation, dem ernannten Erben die Befugnis verleiht, die Erbschaft anzutreten und damit eine Erklärung in bindender Weise dahin abzugeben, daß er vom Entsagungsrechte keinen Gebrauch machen, sondern Erbe bleiben wolle, so kann auch nicht angenommen werden, daß der Erbe vor diesem Zeitpunkte imstande sein könnte, eine bindende Erklärung im entgegengesetzten Sinne abzugeben. Es fehlt ihm vor der Testamentspublikation sowohl zu dem einen wie zu dem anderen Rechtsakte vorläufig noch die erforderliche Legitimation. Hiernach ist jedenfalls die Annahme ausgeschlossen, daß der eingesetzte Erbe durch solche vorzeitige Erbschaftsentsagung sofort endgültig gebunden werde. War die Erklärung aber nicht von Anfang an bindend und wirksam, so kann sie dies auch nicht nachträglich dadurch werden, daß demnächst ein Widerruf bis zur Testamentspublikation und weiter bis zum Ablaufe der Überlegungsfrist unterbleibt. Denn es widerspricht dem Wesen der Erbschaftsentsagung ebenso wie dem der Erbschaftsantretung, daß solche Erklärung unter Vorbehalt des Widerrufes abgegeben werden könnte (§§ 411, 412, I. 9 A.L.R.). Viel-

mehr soll dadurch bedingungslos (§ 394 a. a. O.) ein endgültiger Rechtszustand bei-
geführt werden. Dies nötigt zu der Annahme, daß solche vorzeitige Erklärung rech
überhaupt der Gültigkeit und Wirksamkeit entbehrt. Dieser Ansicht stehen die Bei
mungen der §§ 367, 368, I. 9 A.L.R. nicht entgegen. Auch die Erwägung, daß and
vor Publikation des Testaments vom eingesetzten Erben vorgenommene Rechtshandlun
gültig sein können, steht der entgegengesetzten Ansicht nicht zur Seite. Nicht zutre
ist auch das Argument, daß ein Erbschaftsverkauf vor Publikation des Testaments
haft sei und daß deshalb der Testamentserbe auch durch einseitige Willenserklä
sich des ihm angefallenen Rechtes vor der Testamentseröffnung müsse entschlagen könne
Der sein Erbrecht verkaufende Erbe entschlägt sich nicht des ihm angefallenen Rech
sondern er verfügt darüber, und zwar dergestalt, daß er es auf den Erbschaftskä
überträgt, der sich dann während der Überlegungsfrist schlüssig zu machen hat, ob
als Rechtsnachfolger des Erben die Erbschaft antreten oder entsagen will. Wenn fern
auch das Entsagungsrecht nur im Interesse des Erben gegeben ist, während es drit
Beteiligten nur zum Vorteile gereicht, wenn dem Schwebezustande möglichst bald
Ende gemacht wird, so ist es doch einerseits gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber Für
sorge trifft, daß die wichtige Erklärung über Annahme oder Ablehnung der Erbsch
erst abgegeben werden darf, wenn volle objektive Gewißheit bezüglich der Erbeseinsetz
besteht, und andererseits würde auch der Schwebezustand niemals vor Publikation des
Testaments beseitigt werden können, da erst hierdurch offenkundig wird, wer zur Erb-
schaft berufen ist. Die Rücksicht endlich darauf, daß die Beklagte vom Inhalte des
Testaments sichere Kenntnis gehabt habe, kommt überhaupt nicht in Betracht, weil
Ungewißheit des ernannten Erben über den Inhalt des Testamentes nicht der Grun
der Rechtswirksamkeit einer vor der Testamentseröffnung erklärten Erbschaftsentsagung

Nr. 2458. I. Sen. 24. Februar 1892. I. 349. 91. Bd. 29, Nr. 49, S. 19

Rechtliche Bedeutung einer nach Ablauf der Überlegungsfrist zu Gunsten der Miterben erfolgten Erbschaftsentsagung. §§ 367, 383, 384, 412, I. 9, § 12
I. 17 A.L.R. (Preuß. R.). Nach den §§ 127, 128, 131, 134, 137 ff. I. 17 A.L.R.
haften mehrere Benefizialerben dem Nachlaßgläubiger vor der Nachlaßteilung nicht
solidarisch, sondern gemeinschaftlich und sind deshalb gemeinschaftlich zu belangen. Die
durch den Erbgang auch bezüglich der Nachlaßschulden begründete Gemeinschaft wird
grundsätzlich nur durch die Teilung mit der Wirkung aufgehoben, daß nunmehr der
einzelne Erbe auf Höhe des seiner Erbportion entsprechenden Teiles der Nachlaßschu
in Anspruch genommen werden kann. Ist die Teilung des Nachlasses erfolgt, ohne daß
die bevorstehende Teilung den §§ 138 ff. a. a. O. entsprechend gehörig bekannt gemacht
ist, so kann der Nachlaßgläubiger jeden einzelnen Benefizialerben auf Zahlung der
ganzen Schuld aus dem erhaltenen Erbteile in Anspruch nehmen. Nach der Fest-
stellung des Berufungsrichters sind Erben des ursprünglichen Schuldners des Klägers
nicht nur die beiden Beklagten geworden, sondern mit ihnen durch ausdrückliche Erbes-
erklärung oder durch Nichterklärung in der gesetzlichen Überlegungsfrist ihre Mutter
und ihre beiden Geschwister. Die Mutter und die beiden Geschwister haben der Erb-
schaft erst nach Ablauf der Überlegungsfrist entsagt. Nach den §§ 367, 383, 384, 39
412, I. 9 A.L.R. hat diese verspätete Erbschaftsentsagung keine rechtliche Bedeutung als
solche; sie ist keine gültige Entsagung. Die Mutter und die beiden Geschwister sind
Erben geblieben, sie können sich auf die Entsagung weder den Nachlaßgläubigern noch
den Miterben, den Beklagten, gegenüber berufen (§ 412, I. 9 A.L.R.). Die Beklagten
werden deshalb auch durch die Entsagung allein nicht behindert, sich darauf zu berufen
daß sie nicht allein Erben geworden sind (§ 127, I. 17 A.L.R.). Selbst für den ent-
sagenden Erben hat die Entsagung als solche nach Ablauf der Frist keine rechtliche
Bedeutung. Der Berufungsrichter erkennt diese Grundsätze auch an. Er gründet aber
seine Entscheidung auf die Feststellung, daß die Beklagten die verspätete Erbschafts-

entsagung ihrer drei Miterben, die nach den Umständen als Entsagung zu ihren Gunsten aufgefaßt werden müsse, acceptiert, sich daraufhin als alleinige Erben geriert und sich die Vorteile der Erbschaft angeeignet haben. Die Angriffe, die die Revision der Beklagten hiergegen erhebt, sind nicht begründet. Die Annahme des Berufungsrichters, daß die Erbschaftsentsagung nur als zu Gunsten der Beklagten erfolgt angesehen werden kann, beruht auf einer thatsächlichen Würdigung der Sachlage, die gegen das Gesetz nicht verstößt und den festgestellten Umständen durchaus entspricht. Gegen die Feststellung des Berufungsrichters, daß die Beklagten diese Entsagung zu ihren Gunsten acceptiert haben, und zwar durch eine Willenserklärung, die in dem Handeln als alleinige Erben auf Grund des ihnen erteilten Erblegitimationsattestes, in der Übernahme des ganzen Nachlasses, in der Aneignung der Vorteile aus diesem, in der Teilung des Ergebnisses der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung der Nachlaßgrundstücke unzweideutig zum Ausdrucke gebracht ist, lassen sich keinerlei rechtliche Bedenken erheben. Dann ist aber in den übereinstimmenden Willenserklärungen der drei Miterben und der Beklagten ein rechtsgeschäftlicher Akt zu finden, wodurch, wie beim Erbschaftskaufe (§§ 445 ff. I. 11 A.L.R.) das Erbrecht der Miterben und mit dem Nachlasse die Erbanteile der Miterben daran den Beklagten übertragen wurden. Der Erbschaftskauf setzt zwar begreiflich Veräußerung gegen Entgelt voraus. Aber daraus folgt nicht, daß die Veräußerung eines Erbschaftsrechts nicht unentgeltlich, durch Entsagung erfolgen kann. Das Gegenteil ergiebt sich aus § 393, I. 16 A.L.R. Solche förmlich erfolgte und angenommene Entsagung wirkt für den, zu dessen Gunsten sie erfolgt ist, wie eine Schenkung (§ 1037, I. 11 A.L.R.), und zwar unmittelbar durch Erklärung und Acceptation. Daß der verspätet zu Gunsten des Miterben entsagende Erbe durch solche Entsagung seine Erbeigenschaft nicht verliert, hindert nicht, in solcher Entsagung ein Veräußerungsgeschäft zu finden. Auch beim Erbschaftskaufe wird der verkaufende Erbe nicht Nichterbe und der Käufer nicht Erbe; vielmehr bleibt der Verkäufer als Erbe den Nachlaßgläubigern und Legataren verhaftet und der Käufer tritt diesen gegenüber nur in die Rechte und Pflichten des Verkäufers als Erben insofern ein, als die Nachlaßgläubiger und Legatare berechtigt sind, sich an ihn zu halten (§§ 454 ff., 462 ff. I. 11 A.L.R.). Diese rechtliche Folge tritt nicht nur da ein, wo der Erbe die Erbschaft gegen Entgelt veräußert hat, sondern auch da, wo er sie ohne Entgelt veräußert, verschenkt hat. Der innere Grund der Haftung des Erbschaftskäufers für die Nachlaßschulden mit der Erbschaft dem Gläubiger gegenüber beruht darauf, daß er mit dem Erbrechte und dem Nachlasse die Mittel zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger in die Hände bekommt und nach dem Willen der Beteiligten als der zu deren Befriedigung Berufene gilt und zu dieser Befriedigung in den Stand gesetzt wird. Daran wird dadurch nichts geändert, daß er die Erbschaft ohne Entgelt erhält (vergl. § 500 Entwurf I des Deutschen B.G.B.). In dem Urteil im Falle Nr. 2496 ist der Sachverhalt ein anderer. Im vorliegenden Falle ist, abweichend von jenem, eine vertragsmäßige Übertragung durch den angenommenen Erbverzicht festgestellt. Was die Revision endlich aus dem Umstande, daß der eine Mitbeklagte zur Zeit des Erbverzichtes, der Annahme desselben u. s. w. noch minderjährig war und unter Vormundschaft stand, herleitet, trifft nicht zu. Zum Erwerbe der Erbschaft bedurfte der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht. Der Erwerb einer mit der Rechtswohlthat des Inventars angetretenen Erbschaft verpflichtet den Erwerber nicht persönlich, nur mit der Erbschaft. Weiter geht auch der Klaganspruch nicht. Der Erwerb enthält danach keine Übernahme fremder Verbindlichkeiten im Sinne des § 42 Nr. 13 der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875.

Nr. 2459. III. Sen. 3. Mai 1881. III. 418. 81. Bd. 4, Nr. 130, S. 437.

Passivlegitimation des Nachlaßkurators. Voraussetzungen der Feststellungsklage.

§ 231 C.P.O. Abgesehen davon, daß in der neueren gemeinrechtlichen Doktrin und

Praxis der dem praktischen Bedürfnis entsprechende Satz mehr und mehr Anerkennung gefunden hat, daß der obrigkeitlich bestellte Kurator einer ruhenden Erbschaft bei Klagen gegen letztere passiv legitimiert ist, hat jedenfalls der gleiche Satz in dem § 220 C.P.O., der den Nachlaßkurator dem gesetzlichen Vertreter einer lebenden Partei prozessualisch gleichstellt, eine unzweifelhafte gesetzliche Sanktion gefunden. — Die C.P.O. gewährt nicht jedem Forderungsberechtigten die Befugnis, den Mangel einer Urkunde durch richterliche Feststellung der bestrittenen Grundlage des Rechtsverhältnisses zu ersetzen. Das Bestrittensein eines Rechtsverhältnisses reicht nicht aus, um **unter allen** Umständen das rechtliche Interesse für die sofortige Feststellung klar zu stellen. Am wenigsten aber kann davon die Rede sein, wenn wie hier der Kläger in der Lage ist, seine vermeintlichen Ansprüche sofort geltend machen zu können. Abgesehen hiervon hat der Kläger unterlassen, die Gründe darzulegen, auf die er sein ihn zur Erhebung der Feststellungsklage berechtigendes rechtliches Interesse glaubt stützen zu können. Die Klage ist daher in erster Instanz mit Recht abgewiesen. Nr. 3196.

Nr. 2460. IV. Sen. 17. Dezember 1894. IV. 185. 94. Bd. 34, Nr. 69, S. 28[illegible]

Rechtsstellung des Nachlaßpflegers gegenüber dem Erbprätendenten. §§ 47[illegible] 482 ff., I. 9 A.L.R. (Preuß. R.). Der Beklagte hat die Legitimation des Nachlaßpflegers zur Anstellung der vorliegenden Klage (mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, anzuerkennen, daß ihm an dem Nachlasse ein Erbrecht nicht zusteht, welchem Antrage in den Vorinstanzen entsprochen ist) bestritten und geltend gemacht: wenngleich im Allgemeinen der Nachlaßpfleger den Nachlaß in Rechtsstreitigkeiten aktiv und passiv vertrete und gegenüber den Ansprüchen eines Erbprätendenten auf Ausantwortung des Nachlasses passiv legitimiert sei, so sei ihm doch nirgends die Befugnis beigelegt, vermeintlich unbegründete Erbansprüche im Klagwege zu beseitigen. Hiergegen hat das Berufungsgericht zutreffend darauf hingewiesen, daß der Kläger nach § 89 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 „dem unbekannten Erben des Nachlasses", genauer: zur Erhaltung des Nachlasses und zur Ausmittelung der Erben, zum Pfleger bestellt und daß nach den §§ 471—492, I. 9 A.L.R. neben der Erhaltung der Nachlaßmasse die Ermittelung des wahren Erben seine Hauptaufgabe sei. Zutreffend hat sich das Berufungsgericht auf das Urteil im Falle Nr. 2488 bezogen, wo die Frage, ob die damaligen Kläger insoweit als die wahren Erben anzusehen, daß ihnen der Nachlaß unbeschadet der Rechte Dritter ausgeantwortet werden könne, als ein geeigneter Gegenstand des Rechtsstreits zwischen dem Erbprätendenten und dem Nachlaßpfleger angesehen worden ist. Die §§ 482 ff., insbesondere § 487 a. a. O., lassen einen Grund nicht erkennen und es ist überhaupt kein Grund ersichtlich, weshalb dem zur Ermittelung des unbekannten Erben bestellten im Besitze des Nachlasses befindlichen Nachlaßpfleger, wie er gegenüber der Klage des Erbprätendenten auf Ausantwortung des Nachlasses passiv legitimiert ist, nicht das entsprechende Recht zustehen sollte, die Beseitigung eines unberechtigten Erbprätendenten im Wege der Klage herbeizuführen. Der Nachlaßpfleger verfolgt damit nicht ein fremdes Interesse, sondern das Interesse des seiner Pflegschaft anvertrauten Nachlasses, wie denn das Gesetz (§ 476, I. 9 A.L.R.) gerade als vornehmlichste Pflicht des Pflegers bezeichnet, sich die Ausmittelung und Entdeckung des eigentlichen Erben möglichst angelegen sein zu lassen. Als ein hierzu dienliches Mittel ist aber die Abwehr und nötigenfalls die Beseitigung der Ansprüche unberechtigter Erbprätendenten im Wege der Feststellungsklage dann unabweisbar, wenn die Erbprätendenten ihrerseits nicht dazu schreiten, ihren Anspruch zur richterlichen Entscheidung zu bringen. Daß die materiellen Voraussetzungen der Feststellungsklage vorliegen, ist von dem Revisionskläger ausdrücklich anerkannt worden, und es ergiebt sich aus der gesetzlichen Pflicht des Erbprätendenten, das Erbrecht, worauf er sich gründet, dem Richter gehörig nachzuweisen (§§ 482 ff. I. 9 A.L.R.).

Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Nr. 2461. I. Sen. 3. Juni 1882. I. 259. 82. Bd. 10, Nr. 34, S. 119.

Vermächtnis. Form. Umfang der Haftung des Erben. (Gem. R.). Auf die Wortfassung, in welcher einem letztwillig Bedachten zu Gunsten anderer Personen eine Auflage gemacht wird, kommt für die Geltung derselben als Vermächtnisses nichts an. Nach gemeinem Rechte ist eine vom Testator erklärte Entbindung der Erben, „von der Verpflichtung zur Aufnahme eines Inventars" für den Umfang der Haftung der Erben gegenüber den Vermächtnisnehmern deshalb bedeutungslos, weil ihr für das Verhältnis der Erben zu den Erbschaftsgläubigern nach der Natur der Sache mit innerer Notwendigkeit jede Rechtswirkung abzusprechen ist, nun aber nach Nov. 1 cap. 2 §§ 1 und 2 für den Fall der Nichterrichtung eines Inventars zwischen Erbschaftsgläubigern und Vermächtnisnehmern in Ansehung des Umfanges der Haftung der Erben offenbar gar kein Unterschied mehr stattfinden soll.

Nr. 2462. I. Hilfs-Sen. 10. Februar 1880. IV^a. 108. 79. Bd. 1, Nr. 65, S. 175.

Testamentarische Beschränkung der Gläubiger des Erben. (Preuß. R.). Der Testator hat im vorliegenden Falle dem Kläger das Eigentum an dem Nachlasse völlig uneingeschränkt zugewendet, so daß der Kläger zu jeder Verfügung über den Nachlaß und dessen Teile befugt ist. Ist dies der Fall, so ist auch das Zugriffsrecht der Gläubiger des Klägers uneingeschränkt. Der Erblasser kann dies Recht der Gläubiger nur dadurch einschränken, daß er den Erben in der Verfügung über das ererbte Vermögen entsprechend verkürzt. Einer testamentarischen Bestimmung, die bloß dahin geht, daß die Gläubiger nicht berechtigt sein sollen, die Substanz und die Einkünfte des Nachlasses zum Zwecke ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen, ist keine rechtliche Bedeutung beizulegen. §§ 15, 16, I. 4 A.L.R., § 582, I. 9 das. Auch bei der Enterbung aus guter Absicht, § 424, II. 2 A.L.R., ist die Einschränkung des Pflichtteilsberechtigten in der Verfügung über den Pflichtteil (§ 419, II. 2 A.L.R.) Voraussetzung für die Beseitigung des Zugriffsrechts der Gläubiger. Die auf Abwendung der von dem Beklagten als Gläubiger des Klägers veranlaßten Beschlagnahme von Nachlaßgegenständen gerichtete Klage ist daher mit Recht zurückgewiesen. Nr. 2463.

Nr. 2463. IV. Sen. 3. Dezember 1885. IV. 223. 85. Bd. 14, Nr. 73, S. 278.

Testamentarische Beschränkung des Bedachten und seiner Gläubiger. (Preuß. R.). Eine Ausschließung der Gläubiger von der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung kann, abgesehen von dem nach § 749 Abs. 3 C.P.O. der Pfändung nicht unterworfenen Maße des notdürftigen Unterhaltes, nur insoweit wirksam erfolgen, als der Schuldner selbst in der Verfügung über die in Frage stehenden Einkünfte eingeschränkt ist. Nr. 2462. Eine die Verfügungsmacht des Bedachten einschränkende Anordnung des Erblassers kann immer nur unter der Voraussetzung rechtsbeständig und verbindlich sein, daß mit der Anordnung beabsichtigt wird, den Vermögensgegenstand, auf den die Einschränkung der Vermögensmacht sich bezieht, vermöge dieser Einschränkung für andere zu erhalten. Vergl. §§ 534, 535, I. 12 A.L.R. Eine Anordnung in diesem Sinne hat aber der Testator in Ansehung der fraglichen Einkünfte nicht getroffen. Der Testator hat seine Söhne gegen die rechtlichen Folgen ihrer eigenen Handlungen schützen und in ihrem eigenen Interesse ihre Verfügungsmacht einschränken wollen. Hiernach ist die Anordnung des Erblassers, daß die beiden Söhne, denen er nur den Nießbrauch eines Kapitals zuwendete, die Befugnis, die Einkünfte Anderen abzutreten, sie zu belasten oder zu verpfänden, genommen sein, auch die Verkümmerung der Einkünfte seitens dritter Personen durch Zwangsvollstreckung u. s. w. untersagt sein solle, auch den Gläubigern der Söhne desselben gegenüber insoweit wirkungslos, als die für die Söhne bestimmten Einkünfte über das Maß des notdürftigen Unterhalts hinausgehen. Nr. 2572.

Nr. 2464. III. Sen. 27. Juni 1882. III. 237. 82. Bd. 7, Nr. 49, S. 152.

Haftung des Fiskus für die Schulden eines erblosen Nachlasses. (Gem. R.). Die in der Rechtswissenschaft streitige Frage, ob der Fiskus für die Schulden eines ihm angefallenen erblosen Nachlasses überhaupt nur bis zum Belange des Nachlasses hafte oder ob seine Haft eine an sich unbeschränkte sei und nur durch den Gebrauch der Rechtswohlthat des Inventars beschränkt werden könne, ist in dem ersteren Sinne zu entscheiden. Allerdings erwirbt der Fiskus den erblosen Nachlaß mittels einer Universalnachfolge, aber nicht mittels der erbrechtlichen Universalnachfolge, die auf dem in der l. 3pr. Dig. de bon. poss. 37, 1 aufgestellten Grundsatze der sogen. unitas personae des Erblassers und des Erben beruht. Eine allgemeine Gleichstellung des Fiskus mit einem Erben ist in den Quellen nirgends ausgesprochen. Vergl. l. 11 Dig. de jur. fisc. 49, 14; l. 1 § 1 eod.; c. 1 Cod. de hered. vend. 4, 39.

Nr. 2465. II. Sen. 2. Dezember 1887. II. 245. 87. Bd. 20, Nr. 77, S. 346.

Klage auf Erbabsonderung. (Rhein. R.). Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß die Klage auf Erbabsonderung (Art. 878 code civil) nicht gegen die Gläubiger des Erben erhoben werden muß, vielmehr auch gegen den Erben zulässig ist. Die Vorschrift des Art. 879 code civil über das Erlöschen des Rechts auf Erbabsonderung findet auch gegen den Vermächtnisnehmer Anwendung.

Nr. 2466. III. Sen. 27. September 1889. III. 102. 89. Bd. 24, Nr. 39, S. 194.

Inhalt und Umfang der Inventarisations- und Manifestationspflicht. (Gem. R.). Die den Beklagten obliegende Verpflichtung geht nur auf die Vorlage eines vollständigen Nachlaßverzeichnisses. Eines besonderen Abschlusses bedarf das zu errichtende Inventar nicht, wenn darunter mehr verstanden werden sollte, als die Berechnung der Zinsen der zum Nachlasse gehörigen Ausstände bis zum Todestage des Erblassers; sobald dieser Zinsbetrag feststeht, ergiebt sich der Gesamtbetrag des zur Verteilung unter die Erbinteressenten zu bringenden Vermögens aus einer Zusammenstellung der *einzelnen* Aktivposten unter Abzug der Nachlaßschulden. Diese können aber die Kläger *selbst* vornehmen. Erhebt sich ein Anstand dabei, so sind die Beklagten gehalten, zu dessen Beseitigung mitzuwirken. Auch die Angabe etwaiger Konferenden oder die Aufnahme der Erklärung in das Inventar, daß nichts in die Erbmasse einzuwerfen sei, ist nicht erforderlich. Die Inventarisations- und Manifestationspflicht erstreckt sich auf die bereits in ihr Vermögen übergegangenen Vorempfänge, und es müssen daher die Kläger, wenn sie behaupten, daß die Beklagten kollationspflichtig seien, dies nach Rechtsgrund und Gegenstand im Moniturverfahren darlegen. Vergl. c. 22 § 2 Cod. de jure del. 6, 30.

Nr. 2467. II. Sen. 16. Dezember 1879. II. 141. 79. Bd. 1, Nr. 41, S. 98.

Benefizialerbenqualität. Einrede; deren Begründung, Wirkung des Vorbehaltes im Urteile. (Gem. R.). Die Erben brauchen, wenn sie wegen einer Erbschaftsschuld belangt werden, zunächst nur darzulegen, daß sie durch Legung des Inventars die gesetzliche Bedingung der Erlangung der Rechtswohlthat erfüllt haben; dies genügt, um ihnen die Rechte des Benefizialerben zuzusprechen und vorzubehalten und die Zwangsvollstreckung in das eigene Vermögen der Erben abzuwenden. Ob und inwieweit die Erbschaft, in die zunächst nur die Hilfsvollstreckung erfolgen darf, zur Befriedigung des Gläubigers zureicht, das findet sich in der Exekutionsinstanz. Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß die Hilfsvollstreckung in das eigene Vermögen des Benefizialerben dann zulässig werden kann, wenn derselbe sich durch Dispositionen über den Aktivnachlaß den Erbschaftsgläubigern persönlich verantwortlich gemacht hat (vergl. §§ 695, 696 C.P.O.).

Nr. 2468. III. Sen. 5. Oktober 1888. III. 114. 88. Bd. 22, Nr. 37, S. 186.

Pflichtteilsberechtigter Erbe bei versäumter Errichtung des Nachlaßinventars. Nov. 1 cap. 2. (Gem. R.). Mit den Bestimmungen des cap. 2 § 2 der Nov. 1 wurde nicht nur das Recht des Quartabzuges getroffen. Die Verpflichtung, das vorgeschriebene Nachlaßinventar zu errichten, ist allen Erben auferlegt ohne Rücksicht darauf, ob sie pflichtteilsberechtigt sind oder nicht. Ebenso generell sind die Folgen der Nichterfüllung dieser Verpflichtung festgesetzt. Durch den angedrohten Nachteil der Verpflichtung zur Auszahlung von Vermächtnissen und Nachlaßschulden über den Bestand der Erbschaft ist an sich weder die Ungültigkeit der den Pflichtteil belastenden Vermächtnisse noch das Pflichtteilsrecht der Noterben berührt, sondern es ist eine gesetzliche Strafe für die Nichtbeachtung der Vorschriften über die Inventarerrichtung bestimmt. Der von diesem Rechtsnachteil betroffene Erbe darf sich nicht auf eine Verletzung des Pflichtteils berufen, da solche nur in Auflagen des Erblassers an den Erben liegen kann, nicht in gesetzlichen Nachteilen, deren Vermeidung vom Willen des Erben abhängt.

Nr. 2469. IV. Sen. 23. Mai 1881. IV. 649. 80. Bd. 5, Nr. 52, S. 188.

Verpflichtung des Vorbehaltserben gegenüber dem Vermächtnisnehmer. § 422, I. 9; § 334, I. 12 A.L.R. (Preuß. R.). Ein Vorbehaltserbe befreit sich von der Verpflichtung zur Zahlung des Vermächtnisses nicht schon durch den Nachweis, daß sich der Nachlaß nach dem Inventar und den darin enthaltenen Taxen der Nachlaßstücke als unzulänglich zur Berichtigung der Nachlaßschulden darstellt. Denn die Taxe stellt den Wert nicht objektiv, sondern nur subjektiv, nach dem Urteile des Sachverständigen, fest. Das wirkliche Vermögen des Nachlasses, zur Deckung der Nachlaßschulden und Legate auszureichen, kann nur durch die wirkliche Verwertung der Nachlaßsachen ermittelt werden. Zu der Feststellung der Unzulänglichkeit des Nachlasses kann der Erbe unter Umständen durch Privatverkäufe gelangen, die der Nachlaßgläubiger und der Legatar, soweit den Erben dabei kein vertretbares Versehen trifft, anerkennen müssen; es sind ihm aber daneben auch andere Wege durch das Gesetz vom 28. März 1879 und durch § 205 der K.K.O. eröffnet. Auch wenn der Erbe nur die Herabsetzung des Legates beansprucht, entscheidet nach § 337, I. 12 A.L.R. der Erlös (nicht der Taxwert) der legierten Sache. Nr. 2471. Nr. 2472. Nr. 2474.

Nr. 2470. I. Hilfs-Sen. 21. Juni 1881. IVa. 821. 80. Bd. 5, Nr. 85, S. 313.

Anwendbarkeit der Bestimmungen des A.L.R. über die Rechtswohlthat des Inventars im Geltungsbereiche des Erbschaftsedikts vom 30. April 1765. (Preuß. R.). Der nach dem gedachten in der Mark Brandenburg geltenden Erbschaftsedikt erbende überlebende Ehegatte verliert die Rechtswohlthat des Inventars nicht schon durch den fruchtlosen Ablauf der in den §§ 424—426, I. 9 A.L.R. bestimmten Frist, vielmehr kann der Verlust nur auf Antrag eines Gläubigers durch gerichtliches Urteil eintreten. Auch haben in den Fällen, in denen der überlebende Ehegatte von dem ihm in dem Erbschaftsedikte eingeräumten Rechte, mit Einwerfung seines Vermögens die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens zu fordern, Gebrauch macht, die Miterben des überlebenden Ehegatten dieselbe günstige Stellung, die der überlebende Ehegatte einnimmt, so daß also auch sie die Rechtswohlthat nicht schon durch Ablauf der landrechtlichen Frist zur Errichtung des Inventariums verlieren. Und auch in dem Falle, wenn der nach dem Erbschaftsedikt zur Erbschaft berufene Ehegatte erst nach Ablauf der Deliberationsfrist von seiner Befugnis, nicht Erbe zu sein und sein Vermögen zurückzunehmen, Gebrauch macht, ist auf seiten des neben dem Ehegatten zur Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens und bei erfolgter Erbschaftsentsagung des Ehegatten zum Ganzen berufenen Erben der Verlust der Rechtswohlthat infolge fruchtlosen Ablaufs der landrechtlichen Frist nicht angenommen, dem Erben vielmehr die Befugnis beigelegt worden, die Eigenschaft eines Benefizialerben noch in Anspruch zu nehmen, weil die

statutarische Erbfolge des Erbschaftsedikts auch in dem gedachten Falle als eingetreten angesehen werden muß und es keinen Unterschied macht, ob der Überlebende bei Ausübung seines Wahlrechts, sein Vermögen zurückzunehmen oder mit Einwerfung seines Vermögens die Hälfte des Gesamtvermögens zu verlangen, die eine oder die andere Wahl trifft. Aber diese günstige Rechtsstellung der neben dem überlebenden Ehegatten zur Erbschaft berufenen Personen beschränkt sich der Natur der Sache nach auf die Fälle, in denen eine wesentliche Beeinflussung der Stellung der gedachten Personen zur Erbschaft sich durch die Bestimmungen des Erbschaftsedikts von selbst ergiebt, die Beurteilung der Rechtswohlthat des Inventariums nach den Normen des A.L.R. daher zu Härten und Inkonvenienzen führen würde. Sie ist daher als ausgeschlossen anzusehen in dem Falle, wenn der überlebende Ehegatte sich während der Überlegungsfrist der Teilnahme an der Erbschaft begiebt; ebenso in dem Falle, wenn der überlebende Ehegatte **nicht nach den Bestimmungen des Erbschaftsedikts, sondern** ohne **Einwerfung seines eigenen Vermögens** auf Grund einer **durch letztwillige Verfügung** erfolgten Berufung zur Erbschaft und des Erbschaftsantritts gemäß dieser Berufung Erbe wird. Die Feststellung des Vorderrichters geht dahin, daß die Witwe des Erblassers **die Erbschaft in den Nachlaß aus dem Testamente** angetreten, dieselbe auch bereits mit den Miterben geteilt hat. Hierin liegen die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der landrechtlichen die Rechtswohlthat des Inventars betreffenden Bestimmungen, speziell des § 427, I. 9 A.L.R., die auch in den Teilen der Mark Brandenburg, wo die Abteilung 2 des Erbschaftsedikts als Provinzialgesetz noch gilt, in allen den Fällen Anwendung findet, in denen nicht statutarische Erbfolge eintritt. Hiernach sind die Kinder des Erblassers wegen der eingeklagten Nachlaßschuld mit Recht zur Zahlung auch über die Kräfte des Nachlasses hinaus verurteilt.

Nr. 2471. IV. Sen. 25. Januar 1883. IV. 498. 82. Bd. 8, Nr. 67, S. 265.

Haftung des Vorbehaltserben. (Preuß. R.). Gegenüber dem Vorbehaltserben muß der Erbschaftsgläubiger seine Befriedigung **aus dem Nachlasse** suchen; es ist nicht anzunehmen, daß der Erbe für die Erbschaftsschulden persönlich mit seinem ganzen Vermögen, aber nur **bis zum Betrage des Nachlasses** haftet. §§ 422 ff. I. 9 A.L.R. Der Vorbehaltserbe kann gegenüber dem Legatar, dem in dieser Beziehung der Erbschaftsgläubiger gleich steht, seine Haftung nicht durch den Nachweis, daß der Nachlaß nach dem Taxwert der Erbschaftssachen zur Befriedigung der Nachlaßschulden unzureichend sei, abwenden. Nr. 2469. Diesem Recht des Erbschaftsgläubigers gegenüber ist es ein Recht des Vorbehaltserben, jenen auf die Nachlaßsachen zu verweisen. Nach § 696 C.P.O. bleibt im Zwangsvollstreckungsverfahren die Rechtswohlthat des Inventars solange unberücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Erben Einwendungen erhoben worden. Die auf § 686 C.P.O. gestützte Klage kann aber nur solange zugelassen werden, als der Gläubiger noch nicht im Zwangsvollstreckungsverfahren seine Befriedigung erhalten hat, letzteres noch nicht beendigt ist. Ob der Kläger den Anspruch auf Rückzahlung des Beigetriebenen im Gerichtsstande des Gläubigers oder in dem sonst zuständigen geltend machen kann, ist hier nicht zu entscheiden. Nr. 2474.

Nr. 2472. IV. Sen. 15. Februar 1883. IV. 540. 82. Bd. 8, Nr. 68, S. 271.

Vorbehaltserbe. Verhältnis zum Legatar. (Preuß. R.). Bei der auf Grund des § 696 C.P.O. von dem Vorbehaltserben gegen den Vermächtnisnehmer zur Geltendmachung seiner Einwendungen in der Zwangsvollstreckung erhobenen Klage ist von dem bürgerlichen Rechte aus zu prüfen, ob die Einwendungen den Kläger als Benefizialerben zu dem gestellten Klagantrage berechtigen. Davon ist abzusehen, daß ein Zwangsvollstreckungsverfahren und ein Prozeß zwischen den Parteien schwebt, und die beiderseitigen Rechte und Pflichten sind nur nach dem materiellen Rechte und so zu be-

stimmen, wie sie bestehen, ohne daß es zum Prozesse und zur Zwangsvollstreckung gekommen ist. Der Erbe hat nun nicht die Befugnis, sich des Besitzes, der Verwaltung und der Disposition über die in sein Eigentum übergegangenen Nachlaßsachen zu entschlagen und dieselben dem Gläubiger (Legatar) zu seiner Befriedigung preiszugeben. Die Ausführung des Urteils in dem Falle Nr. 2469 führt aber auch zu der Konsequenz, und die §§ 418, 422, 444 ff., 452 ff., I. 9; §§ 345, 353 ff., I. 12; §§ 127 ff., I 17 A.L.R. lassen den Grundsatz klar erkennen, daß der Benefizialerbe, wie überhaupt jeder Erbe, vermöge des Erbschaftsantrittes nicht nur das Recht, sondern auch gegenüber den Nachlaßgläubigern die Pflicht hat, den Nachlaß in Besitz zu nehmen, zu verwalten, und soweit er nicht durch andere Mittel die damit übernommenen Schulden berichtigt, zu diesem Behufe ihn zu versilbern und den Erlös zu verwenden. Dieser Pflicht entspricht nicht das Verlangen des Klägers (Vorbehaltserben), daß der Beklagte (Legatar) direkt ohne seine Vermittelung seine Befriedigung aus dem Nachlaßgrundstücke bewirken solle, und da er nach dem materiellen Rechte zu diesem Verlangen nicht berechtigt ist, überdies auch das vorausgegangene Urteil ihm persönlich die Zahlung aus dem Nachlasse auferlegt hat, so geht ihm nach dem bürgerlichen Recht die Berechtigung ab, auf Grund der Rechtswohlthat die Aussetzung, Aufhebung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung zu verlangen. Zur Sicherung der Legatenforderung war dieselbe auf das noch im Eigentum des Vorbehaltserben befindliche Nachlaßgrundstück eingetragen. Der vom Kläger auf § 46, I. 20 A.L.R. gestützte Einwand ist nicht gerechtfertigt. Der § 46 a. a. O. greift nur bei einem vertragsmäßig bestellten Pfandrechte Platz; er geht von der Voraussetzung aus, daß der übereinstimmende Wille der Kontrahenten den Pfandgegenstand zur vorzüglichen Befriedigung, nicht bloß zur Sicherung des Gläubigers bestimmt hat. Nr. 2474.

Nr. 2473. IV. Sen. 14. Januar 1886. IV. 282. 85. Bd. 16, Nr. 50, S. 220.

Verpflichtung des Benefizialerben zur Ableistung des Offenbarungseides. (Preuß. R.). Die Bestimmungen der §§ 28, 29 Nr. 3, I. 22 A.G.O. und der §§ 440, 441, I. 9 A.L.R. sind noch in Geltung (§ 16 Nr. 3, E.G. zur C.P.O.), und danach ist der Benefizialerbe unter bestimmten Voraussetzungen auf Erfordern des Vermächtnisnehmers zur eidlichen Bestärkung des Nachlaßinventars verpflichtet. Wie jedoch der Berufungsrichter aus zutreffenden Gründen zufolge der Vorschrift des § 17 des Gesetzes betreffs die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben vom 28. März 1879 angenommen hat, ist die Geltendmachung dieses Rechts, wenn über den Nachlaß das Konkursverfahren eröffnet wird, während dessen Dauer ausgeschlossen. Ob der Benefizialerbe im Konkursverfahren zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet und der Vermächtnisnehmer dort zur Stellung des Antrages auf Leistung des Eides legitimiert ist (§ 115 R.K.O.). bleibt hier unentschieden.

Nr. 2474. IV. Sen. 6. Dezember 1894. IV. 170. 94. Bd. 34, Nr. 67, S. 277.

Einrede gegenüber der Vermächtnisklage seitens des Vorbehaltserben, daß der Nachlaß unzureichend sei. (Preuß. R.). Wer eine Erbschaft nur unter dem Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars angenommen hat, braucht die daran zu machenden Forderungen aus Vermächtnissen nur soweit, als der Nachlaß hinreicht, zu vertreten (§ 422, I. 9 A.L.R.), und es kann ein solcher Erbe das Vermächtnis so lange zurückhalten, bis rechtlich ausgemittelt ist, ob der Nachlaß zur Tilgung der Schulden und Vermächtnisse hinreiche (§ 296, I. 12 A.L.R.). Der Anspruch des Vermächtnisnehmers ist daher dem Vorbehaltserben gegenüber durch die Thatsache bedingt, daß ein Nachlaß vorhanden ist, aus dem das Vermächtnis entrichtet werden kann, und es giebt keine gesetzliche Vorschrift, die es dem Vorbehaltserben verwehrt, dem das Vermächtnis fordernden Legatar schon im Prozesse den Einwand entgegenzusetzen, daß der Nachlaß zur Entrichtung des Vermächtnisses nicht ausreiche, und die ihn nötigt, mit diesem

Einwande erst bei der Zwangsvollstreckung hervorzutreten. Die in § 334, I. 12 A.L.R. getroffene Anordnung, wonach, sofern der Nachlaß zur Bezahlung der Schulden, Ergänzung des Pflichtteils oder Berichtigung der übrigen Vermächtnisse nicht zureichen, die Legatare nach Verhältnis der ihnen gemachten Zuwendungen dazu mit beitragen oder einen Abzug leiden müssen, kann ebensowenig wie die Bezugnahme auf die §§ 715, 749 C.P.O. die Annahme des Berufungsrichters rechtfertigen, daß der Einwand, der Nachlaß sei unzureichend, in das Zwangsvollstreckungsverfahren gehöre. Denn mit diesem Einwande bezweckt der in Anspruch genommene Vorbehaltserbe, die Abweisung der Klage selbst zu erreichen. Er will nicht zu einer, wenn auch nur beschränkten Erfüllung einer Verbindlichkeit verurteilt werden, von der er behauptet, daß sie wegen unzureichenden Nachlasses nicht existiere, und die Ausführung des Berufungsrichters, es könne einem Schuldner nicht gestattet sein, durch die Behauptung, daß er nur gemäß den §§ 715, 749 C.P.O. unpfändbare Sachen oder Forderungen besitze, das Bestehen seiner Schuld zu bestreiten und deren Feststellung durch das Gericht zu vereiteln, ist verfehlt, da die Frage, welche Sachen der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung unterliegen, den Anspruch, wegen dessen die Pfändung erfolgt, überhaupt nicht berührt. Hieraus ergiebt sich, daß die Beklagte den Einwand, der Nachlaß sei unzureichend, in dem vorliegenden Prozesse, wo die Klägerin die Entrichtung der ihr zugewendeten Vermächtnisse fordert, zu erheben und nachzuweisen berechtigt ist. Dieser Einwand kann jedoch hier nicht von Erfolg sein, weil er nicht gehörig begründet ist. Mit Recht hat der erste Richter mit Rücksicht auf die in den Urteilen in den Fällen Nr. 2469. Nr. 2471. Nr. 2472. Nr. 2551 ausgesprochenen Grundsätze angenommen, daß der Benefizialerbe durch das Inventar und die darin enthaltene Taxe allein den Nachweis seiner Befreiung von der Haftung nicht führen kann, hierzu vielmehr ferner erforderlich ist, daß er nach stattgehabter Veräußerung des Nachlasses über den letzteren, dessen Verwaltung und Nutzungen Rechenschaft ablegt. Der erste Richter hat dies bei den einzelnen Titeln und Nummern des Nachlaßinventars speziell erörtert und festgestellt. Die Beklagte hat es unterlassen, in der Berufungsinstanz den gerügten Mängeln durch bessere Begründung ihres Einwandes abzuhelfen. Der Einwand, daß der Nachlaß unzureichend sei, ist daher in Übereinstimmung mit den Erwägungen des ersten Richters zu verwerfen. Da die Verurteilung nur nach Kräften des Nachlasses erfolgt ist, so bleibt es der Beklagten unbenommen, bei der etwaigen Zwangsvollstreckung die ihr aus den §§ 696, 686 C.P.O. zustehenden Rechte zur Geltung zu bringen.

Nr. 2475. IV. Sen. 9. April 1891. IV. 36. 91. Bd. 27, Nr. 70, S. 285.

Berechnung der sechsmonatlichen Frist zur Niederlegung des Nachlaßinventars. Vollständigkeit des Nachlaßinventars. §§ 424, 434 ff., I. 9 A.L.R. (Preuß. R.) Vorweg ist entscheidend, ob die Frist eine Verjährungsfrist oder eine Ausschließungsfrist ist. Trifft ersteres zu, so findet unbedingt die Vorschrift des § 550, I. 9 A.L.R. Anwendung und die Frist ist nach Monaten zu dreißig Tagen zu berechnen. Es ist jedoch dem Berufungsrichter darin beizutreten, daß die Frist eine Ausschließungsfrist ist. In dem A.L.R. ist der Gegensatz zwischen eigentlichen Verjährungsfristen und Ausschließungsfristen (Fristen zur Ausübung und Erhaltung von Befugnissen) nicht zum besonderen Ausdruck gebracht. Gleichwohl besteht ein solcher Gegensatz. Das entscheidende Merkmal der Verjährung (durch Nichtgebrauch) ist die Aufhebung der Verbindlichkeit als Wirkung des Zeitablaufes (§§ 501, 502, I. 9 §§ 7, 8, I. 16 A.L.R.) im Gegensatz zur Ausschlußfrist, deren Nichteinhalten die Aufhebung von Befugnissen bewirkt, denen entsprechende Verpflichtungen nicht gegenüberstehen. Nr. 1642. Nr. 201. Ist hiernach die Frist des § 424, I. 9 A.L.R. keine Verjährungsfrist, so liegt auch für die Anwendung des § 550 ebenda auf sie ein zwingender Grund nicht vor. Es muß mit Rücksicht darauf, daß das A.L.R. nur in zwei einzelnen Fällen (§ 550, I. 9 und §§ 855, 856, II. 8 A.L.R.) wegen der Berechnung der Monatsfrist Bestimmung ge-

troffen und in beiden Fällen verschiedene Berechnungsarten vorgeschrieben hat, die Annahme ausgeschlossen erscheinen, daß mit der Anordnung einer dieser Berechnungsarten ein allgemeines Prinzip habe ausgesprochen werden sollen. Bei dieser Sachlage muß aber, da das Landrecht zwei Berechnungsarten der Monatsfristen nebeneinander aufstellt, hier diejenige für maßgebend erachtet werden, welche dem, dessen Recht durch die Nichteinhaltung der Frist bedroht wird, die günstigere ist, und dies ist die Berechnungsart nach Kalendermonaten. Die Anwendung des § 550, I. 9 A.L.R. ist also auf Verjährungsfristen zu beschränken. Im Falle Nr. 199 ist zwar das Gegenteil ausgeführt. Dort stand die Berechnung der im § 610, I. 20 A.L.R. für die Erklärung des Vorkaufsberechtigten festgesetzten Frist von zwei Monaten in Frage; es ist angenommen worden, daß diese Frist keine Verjährnngsfrist sei, und dessen ungeachtet die Berechnung gemäß § 550, I. 9 A.L.R. in Anwendung gebracht. Dabei ist jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Frist dem römischen Rechte entnommen sei, und mit Rücksicht auf diesen Hinweis ist die Tragweite der Entscheidung begrenzt. Eine gleiche Beziehung zu dem römischen Rechte besteht, was die jetzt streitige Frage betrifft, nicht. Nach dem römischen Recht hat der Erbe, damit er den Gläubigern nicht über den Bestand der Erbschaft hinaus verhaftet werde, mit der Errichtung des Inventars binnen dreißig Tagen nach erlangter Kenntnis von der Berufung zu beginnen und das Inventar binnen weiterer sechzig Tage znm Abschlusse zu bringen (c. 22 § 2 Cod. de jur. del. 6, 30). Die Fristbestimmungen des römischen Rechts sind sonach in das Landrecht nicht übergegangen, wie überhaupt die Vorschriften des letzteren über die Wahrung der Rechtswohlthat des Inventars nicht dem römischen Rechte entlehnt worden sind. Im vorliegenden Falle ist hiernach die gerichtliche Niederlegung des Inventars rechtzeitig erfolgt. Das letztere ist auch als ein vollständiges anzuerkennen. Es ist dem Formulare des Titel 5 Teil II. A.G.O. entsprechend aufgestellt. Nur der Titel 21 „An Passivis und Schulden" ist zwar aufgeführt, jedoch unausgefüllt geblieben, und hierin erblickt der Kläger die Unvollständigkeit des Inventars. Es ist indessen Sache des Erbschaftsgläubigers, gegenüber dem Erben, der ein Inventar niedergelegt hat, nicht bloß den Nachweis der Unvollständigkeit des Letzteren, sondern auch eines schuldbaren Verhaltens bei dessen Aufstellung zu führen. Diesen Nachweis hat jedoch der Kläger nicht angetreten und dieser nicht einmal behauptet, daß, abgesehen von der ihm selbst gegen den Nachlaß zustehenden Forderung, noch andere Nachlaßpassiva vorhanden sind. Daraus aber, daß seine eigene Forderung in dem Inventar nicht erwähnt ist, obgleich die Beklagten davon bei der Aufstellung des Inventars Kenntnis gehabt haben, kann der Kläger keinen Einwand entnehmen, weil diese Unterlassung ihn nicht hindern konnte, eine Übersicht über die Beschaffenheit des Nachlasses zu gewinnen. (§ 439, I. 9 A.L.R.).

Nr. 2476. II. Sen. 2. März 1894. II. 8. 94. Bd. 33, Nr. 82, S. 342.

Bedeutung der Bestimmung, daß der Vormund eine dem Mündel angefallene Erbschaft nur mit dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Nachlaßverzeichnisses annehmen kann. (Rhein. R.). Der vormundschaftliche Vertreter der Beklagten, die sich bei dem eingetretenen Erbanfalle noch im Kindesalter befand, hat die Erbschaft der Mutter unter der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses angetreten. Nach dem auf diesen Erbanfall unmittelbar in Anwendung kommenden Art. 461 code civil konnte die Annahme nur unter dem Vorbehalt der Rechtswohlthat des Nachlaßverzeichnisses geschehen; die Formvorschriften für den Erbschaftsantritt mit diesem Vorbehalt im allgemeinen sind in den Art. 793, 794 code civil gegeben. Daß diese zum Schutze der Gläubiger wie der Erben gereichenden Formvorschriften auf den Erbschaftsantritt der Minderjährigen nicht anwendbar seien, läßt sich aus dem Gesetz entnehmen; wohl aber ist der Vorschrift des Art. 461 code civil in ihrer absoluten Fassung die Bedeutung beizulegen, daß der Minderjährige durch Handlungen oder Unterlassungen des

Vormundes (hier die Unterlassung der Errichtung eines Inventars in öffentlicher Form) der Rechtswohlthat des Inventars nicht verlustig gehen kann, daß der antretende minderjährige Erbe von Rechts wegen Benefizialerbe ist. Im Einklange hiermit befindet sich die Vorschrift des § 50 der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 18[illegible], daß der Mündel der Rechtswohlthat des Nachlaßverzeichnisses bei einer ihm angefallenen Erbschaft durch Handlungen oder Unterlassungen des Vormundes nicht verlustig werde. Es fragt sich aber, ob die Beklagte die Eigenschaft einer Benefizialerbin nicht mit der Großjährigkeit, die sie im Jahre 1888 erreichte, verloren habe. Mehrere Schriftsteller sind der Ansicht, daß mit dem Aufhören der Minderjährigkeit oder Interdiktion auch dies Privileg wegfalle, so daß dann der Erbe die während seiner Minderjährigkeit bezw. Interdiktion vernachlässigten formellen Erfordernisse des Benefiziums nachzuholen habe, um der Behandlung als unbedingter Erbe zu entgehen, wozu ihm bald eine dreißigjährige Frist, bald nur die Fristen des Art. 795 code civil und nach Art. [illegible] a. a. O. nachgesuchte neue Fristen zugestanden werden. Dieser Rechtsansicht kann für den hier allein zur Erörterung stehenden Fall eines während der Minderjährigkeit des Erben mit dem Vorbehalt der Rechtswohlthat des Nachlaßverzeichnisses bereits erfolgten Erbschaftsantritts nicht beigetreten werden. Die Bestimmung des Art. 461 a. a. O. schützt den Minderjährigen nicht bloß während der Minderjährigkeit gegen die Folgen von Unterlassungen des Vormundes in Beziehung auf die Vorschriften der Art. 79[illegible], 794 a. a. O., sondern hat die Bedeutung, daß der Minderjährige überhaupt nicht unbedingter Erbe werden kann, wobei hier dahingestellt bleiben kann, welche Wirkung einem Urteile zukäme, das einen Minderjährigen gleichwohl als unbedingten Erben verurteilt hätte. Das Mündel, welches nicht in bedingter Weise, sondern definitiver Benefizialerbe geworden ist, verliert diese Eigenschaft nach erlangter Volljährigkeit außer dem Falle des Art. 801 code civil nur durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht (Art. 778, 800 code civil).

Nr. 2477. II. Sen. 30. Dezember 1884. II. 10. 84. Bd. 12, Nr. 91, S. 35[illegible].
Separationsrecht der Nachlaßgläubiger und Legatare. (Rhein. R.). Der Art. [illegible] code civil gewährt den Vermächtnisnehmern neben dem Absonderungsrechte (Art. [illegible] a. a. O.) nicht auch eine gesetzliche Hypothek auf die Nachlaßliegenschaften. Dagegen gehen die Vermächtnisnehmer, welche die Eintragung des Absonderungsrechtes rechtzeitig (Art. 211 a. a. O.) bewirkt haben, in dem über den Erlös der Nachlaßliegenschaften eingeleiteten Kollokationsverfahren dem Nachlaßgläubiger vor, wenn derselbe den Erben als Schuldner angenommen hat (Art. 879 a. a. O.).

Nr. 2478. IV. Sen. 21. Mai 1883. IV. 153. 83. Bd. 9, Nr. 72, S. 269.
Offenbarungseid. (Preuß. R.). Der Beklagte ist Erbe eines Miterben geworden; er ist bei dem Tode des Erblassers im Sterbehause anwesend gewesen, er hat unmittelbar nach des Erblassers Tode aus dessen Nachlasse eine Quantität baren Geldes, zwei Stück Wertpapiere und mehrere andere Sachen in Besitz genommen und bald nach dem Sterbefall noch andere zum Nachlasse gehörige Wertpapiere durch einen Anderen beiseite schaffen lassen, muß also anzeigen, was er aus dem gemeinschaftlichen Nachlasse beiseite gebracht oder durch Andere hat beiseite schaffen lassen, ohne daß es dem Kläger, dem unmittelbaren Miterben, obgelegen hätte, in seiner Klage diese Gegenstände speziell und vollständig zu bezeichnen, und diese Anzeigepflicht des Beklagten zieht zufolge der durch § 16 Nr. 3 des E.G. zur C.P.O. aufrecht erhaltenen Bestimmung des § 28, I. 22 A.G.O. die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides nach sich. Nr. 2479.

Nr. 2479. IV. Sen. 24. Mai 1894. IV. 437. 93. Bd. 33, Nr. 75, S. 314.
Voraussetzungen der Verpflichtung zur Inventarlegung und Leistung des Offenbarungseides behufs Feststellung eines Nachlasses. (Preuß. R.). Der Klagantrag

geht dahin, den Beklagten zu verurteilen, a) über diejenigen Gegenstände, die der am ... verstorbene R. zur Zeit seines Todes besessen hat, und die sich bei dessen Tode in der Gewahrsam des Beklagten oder in dessen Wohnung befunden haben oder nach dem Tode des R. dorthin gelangt und auf einem dieser Wege in die Gewahrsam des Beklagten gekommen sind, ein Verzeichnis aufzustellen, b) diese Gegenstände zu einer anzulegenden R.schen Nachlaßmasse oder an die Erben des R. herauszugeben, c) über das Verzeichnis den Offenbarungseid in näher bezeichneter Norm zu leisten. R. hat jahrelang bei dem Beklagten in dessen Hause bis zu seinem Tode gelebt und ist von dem Kläger und einem Minderjährigen beerbt worden. Der Beklagte behauptet, daß er für Wohnung, Kost und Pflege des Verstorbenen und nach dessen Tode gemachte Auslagen Forderungen zu erheben habe, und hält wegen dieser angeblichen Forderungen die dem Verstorbenen gehörig gewesenen Vermögensstücke, soweit sie sich in seinem Hause befinden, zurück. Das Berufungsgericht hält die mit den Anträgen des Klägers verfolgten Ansprüche nicht für gerechtfertigt. Bezüglich der Anträge zu a und c ist allerdings mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß in § 7, I. 46 A.G.O. eine Stütze für diese Anträge nicht zu finden ist. Denn wenn auch nach dieser Vorschrift jeder Besitzer der Erbschaft, mag er ein Dritter oder ein Erbe sein, auf Andringen der Erben oder Miterben zur Vorlegung eines Nachlaßinventars verpflichtet ist, so fehlt es doch im vorliegenden Falle an der in dem Besitze der Erbschaft liegenden Voraussetzung dieser Verpflichtung. Denn als Besitzer von Nachlaßgegenständen ist der Beklagte noch nicht Besitzer der Erbschaft. Er ist weder Erbe oder Miterbe noch ist er als solcher aufgetreten. Nichts spricht dafür, daß er den Besitz der Erbschaft als des Inbegriffes aller von dem Erblasser hinterlassenen Sachen, Rechte und Pflichten (§ 350, I. 9 A.L.R.) ergriffen hat. Dagegen sind die fraglichen Anträge auf Grund des § 28, I. 22 A.L.R., der durch § 16 Nr. 3 E.G. zur C.P.O. aufrecht erhalten ist, gerechtfertigt. Der § 28 setzt gewisse allgemeine Voraussetzungen fest, an die das Recht, die Leistung des Offenbarungseides zu fordern, geknüpft ist, während der § 29 a. a. O. dazu einzelne, jedoch nicht erschöpfende Fälle bezeichnet, deren keiner hier vorliegt. Ob ein Fall vorhanden ist, auf den die allgemeinen Voraussetzungen des § 28 zutreffen, ist nach den anderweitigen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu beurteilen. Nr. 2478. In dieser Beziehung kommt in Betracht, daß nach § 28 a. a. O. der Offenbarungseid gefordert werden kann, wenn Jemand einen Inbegriff von Sachen herausgeben soll, und aus § 32 a. a. O. ergiebt sich, daß der Leistung des Eides die Aufstellung und Vorlegung eines Verzeichnisses vorhergehen muß. Daß der Kläger an sich (insbesondere abgesehen von dem seitens des Beklagten in Anspruch genommenen Zurückbehaltungsrecht und dem gemäß § 395, I. 21 A.L.R. dem Beklagten wegen rückständigen Mietzinses u. s. w. etwa zustehenden Pfandrecht) berechtigt ist, die Herausgabe der zum Nachlasse gehörigen Gegenstände zu verlangen, folgt aus seinem durch die §§ 367, 382, I. 9 A.L.R. begründeten Miteigentum an der Erbschaft, und der Kläger ist auch ohne Beitritt seines Miterben legitimiert, die Herausgabe in der beantragten Weise zu verlangen, da er nur die im Interesse beider Erben liegende Erhaltung und Sicherstellung der zum Nachlasse gehörigen Gegenstände verfolgt. Dem Kläger steht also die mit dem Antrage zu b in Wirklichkeit auch erhobene Vindikationsklage zu, und diesem Klagrecht entspricht die Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der Nachlaßgegenstände. Hiernach liegen die in den Bestimmungen der §§ 28, 32 a. a. O. bezeichneten Voraussetzungen vor, die den Kläger berechtigen, die Vorlegung eines Verzeichnisses und die Leistung des Offenbarungseides zu verlangen, insofern die Gesamtheit der herauszugebenden Gegenstände als ein Inbegriff im gesetzlichen Sinne bezeichnet werden muß. Der Annahme des Berufungsgerichts, daß es sich hier um einen Inbegriff nicht handele, weil der Beklagte nur einzelne, nicht aber die ganze Verlassenschaft des Erblassers oder eine Quote davon hinter sich habe, ist aber nicht beizutreten. Das in § 32, I. 2 A.L.R. aufgestellte Erfordernis eines Inbegriffs

erweist sich für die einzelnen beweglichen Sachen, die der Erblasser besessen und hinterlassen hat, als zutreffend, da diese Sachen in ihrer Gesamtheit nach der allgemein üblichen Bezeichnung, wie auch nach der Begriffsbestimmung des § 10, I. 2 A.L.R. das Mobiliar- oder bewegliche Vermögen des Erblassers darstellen und mit diesem gemeinschaftlichen Namen zu bezeichnen sind. Hiernach ist die Abweisung der Ansprüche a, b und c nicht gerechtfertigt.

Erbschaftsanspruch.

Nr. 2480. IV. Sen. 13. November 1882. IV. 391. 82. Bd. 8, Nr. 62, S. 24[?]

Erblose Verlassenschaften. (Preuß. R.). Nach §§ 16, 25, II. 16 A.L.R. ist das Recht des Fiskus an einer erblosen Verlassenschaft ein wirkliches Erbrecht; der Fiskus hat alle Rechte und Pflichten eines Erben. Der Erbe kann sein Erbrecht, und zwar (solange seine Klage nicht verjährt ist) jeder Zeit durch Klage gegen Jeden geltend machen, der ein gleiches oder besseres Erbrecht in Anspruch nimmt. Das Verhältnis des klagenden Fiskus zu dem Erbprätendenten ist nicht anders zu behandeln als das Verhältnis mehrerer Intestaterben untereinander, auch steht er in Beziehung auf die Beweislast nicht ungünstiger als diese. Er ist insofern sogar günstiger gestellt, als sein Erbrecht von dem Nachweis der Blutsverwandtschaft, des Adoptiv- oder ehelichen Verhältnisses zum Erblasser nicht abhängig ist. Wie es nun zur Begründung der Erbrechtsklage des Blutsverwandten genügt, daß er sein Verhältnis als Verwandter des Erblassers nachweist, und wie von ihm die Voraussetzung nicht zu beweisen ist, daß kein Erbe näherer Klasse oder näheren Grades vorhanden ist, ganz ebenso genügt es zur Begründung der Erbrechtsklage des Fiskus gegen den Erbprätendenten, daß das Gesetz ihm das Recht auf erblose Verlassenschaften giebt. Dagegen ist von ihm die Voraussetzung, daß kein zur Erbfolge Berufener vorhanden, daß die Verlassenschaft eine erblose ist, nicht zu beweisen. Freilich ist der Unterschied zwischen dem Fiskus und einem anderen Erbprätendenten vorhanden, daß der Erblegitimation des Fiskus nach § 24, II. 16 und §§ 477—481, I. 9 A.L.R. ein öffentliches Aufgebot vorangehen muß, während dies bei dem Intestaterben nach § 488, I. 9 A.L.R. und § 3 des Gesetzes vom 12. März 1869 nur fakultativ ist. Dieser Unterschied betrifft indessen nur das Erblegitimationsverfahren, wovon das Aufgebotsverfahren ein Teil ist. Meldet sich in diesem Verfahren kein Erbe, so legitimiert schon das Ausschlußurteil für sich allein den Fiskus als Erben. Meldet sich dagegen ein Erbe und werden diesem daher im Ausschlußurteile seine Rechte an dem Nachlasse vorbehalten, so muß er nach § 482, I. 9 und § 24, II. 16 A.L.R. dem Richter sein Erbrecht nachweisen. Das Letztere bezieht sich zunächst nur auf das Erblegitimationsverfahren. In diesem Verfahren wird dem sich meldenden Erben allerdings durch die ihm obliegende eidesstattliche Versicherung in gewissem Maße ein Beweis dafür zugemutet, daß keine näheren oder gleich nahen Verwandten des Erblassers vorhanden sind. Diese eidesstattliche Versicherung ist aber nur ein Ersatz dafür, daß bei der Legitimation der Intestaterben das Aufgebot der unbekannten Erben nur ein fakultatives ist. Dieselbe führt den Intestaterben auch nur zur Verabfolgung des Nachlasses und des sogen. Erblegitimationsattestes (§§ 486, 492, I. 9 A.L.R.; §§ 3 und 6 des Gesetzes vom 12. März 1869). Das ganze Ergebnis des Verfahrens ist nur ein Provisorium. Das Aufgebot der unbekannten Erben und die eidesstattliche Versicherung haben ihren Grund darin, daß in diesem provisorischen Verfahren der Richter die Interessen der unbekannten Erben mit zu schützen hat. Das läßt keinen Schluß dafür zu, daß die Prätendenten in dem Erbrechtsprozesse, der notwendig wird, wenn die bekannt gewordenen Erben sich im Erblegitimationsverfahren über ihre Rechte nicht einigen, etwas Mehreres als ihr Erbrecht zu beweisen haben, und dies muß nach dem obigen auch vom Fiskus, der als letzter Erbberechtigter eintritt, gelten. Die Beweislast regelt sich für ihn ganz ebenso wie unter anderen Erbberechtigten. Zur Begründung der Passivlegitimation des Beklagten genügt es für die Klage des Fiskus gegen den Erbprätendenten demnach, wenn dieser

durch die Behauptung eines Erbrechts die Verfügungsbefugnis des Fiskus über den Nachlaß hindert, und dies ist schon dann der Fall, wenn er, im Falle zur Legitimation des Fiskus ein Aufgebotsverfahren stattfindet, sein Recht als Erbe des Nachlasses anmeldet.

Nr. 2481. III. Sen. 2. Februar 1883. III. 343. 83. Bd. 8, Nr. 44, S. 171.

Aktivlegitimation bei der Erbschaftsklage. (Gem. R.). Die Voraussetzungen für den Nachweis der Aktivlegitimation eines klagenden Erben sind verschieden, je nachdem die hereditatis petitio angestellt oder ein in der Person des Erblassers entstandener Anspruch gegen die Schuldner desselben geltend gemacht wird. Im ersteren Falle ist Zweck der Klage, in den Besitz eines Nachlasses zu kommen, der dem Erben widerrechtlich vorenthalten wird. Hier gehört zum Nachweise der Legitimation des Klägers, daß er ein besseres Recht auf den Nachlaß habe als der bloße Besitzer desselben, und diesem Nachweise kann, soweit es sich um die Intestaterbfolge handelt, auch schon dadurch genügt werden, daß der Kläger seine Verwandtschaft mit dem Erblasser in einem die Erbfolge ermöglichenden Grade erhärtet. Liegt dagegen ein einzelner aus dem Rechte des Erblassers abgeleiteter dinglicher oder persönlicher Anspruch im Streit, so hat der klagende Erbe nachzuweisen nicht bloß, daß der Anspruch in der Person des Erblassers entstanden, sondern auch, daß er durch Erbfolge auf den Kläger übergegangen ist. Diesem letzteren Beweissatze ist damit nicht genügt, daß der Kläger zum Erblasser in einem zur Erbfolge überhaupt berechtigenden Verwandtschaftsgrade gestanden hat. Damit wird nur die rechtliche Möglichkeit der Erbfolge, ein erbrechtlicher Titel erwiesen, nicht aber, worauf es hier ankommt, daß der Kläger wirklicher Erbe geworden ist und als solcher den streitigen Anspruch erworben hat. Um seine Beweispflicht nach dieser Richtung zu erfüllen, ist erforderlich, daß der Kläger neben dem, daß er seinen Willen, die Erbschaft anzutreten, kundgiebt, auch noch darthut, daß er der nächste und alleinige Intestaterbe sei, bezw. daß andere sein Intestaterbrecht ausschließende Verwandte nicht vorhanden seien. Erst wenn dies geschieht, erscheint der klagende Erbe dem beklagten Schuldner gegenüber als der Rechtsnachfolger des Erblassers und damit als der Gläubiger, dem der Schuldner die streitige Leistung schuldet und dem er mit der Wirkung der Liberation diese Leistung zu machen auch in der Lage ist.

Nr. 2482. III. Sen. 4. Januar 1887. III. 213. 86. Bd. 18, Nr. 37, S. 176.

Verbindung der Erbschaftsklage mit der erbschaftlichen Singularklage. (Gem. R.). Die Passivlegitimation der Beklagten zur Sache ist nicht zu beanstanden, gleichviel ob man die erhobene Klage als Erbschaftsklage (hereditatis petitio partiaria) oder als einen aus der Person des Erblassers des Klägers entstandenen Anspruch auf teilweise Nichtigkeit des Schenkungsvertrages auffaßt. Die erstere ist nicht bloß gegen denjenigen zulässig, der das Erbrecht des Klägers bestreitet, sondern auch gegen denjenigen, welcher aus einem nichtigen Titel Erbschaftssachen besitzt, vorausgesetzt, daß er die Nichtigkeit dieses Titels kennt oder, ohne daß ihm ein entschuldbarer Rechtsirrtum zur Seite stände, kennen muß. Nimmt man nun an, daß jener gerichtlich bestätigte Schenkungsvertrag den guten Glauben des Beklagten begründe und daß deshalb die Erbschaftsklage nicht gegen ihn angestellt werden könne, so steht doch jedenfalls dem Kläger die in der Gegenerklärung erhobene Nichtigkeitsklage zu. Diese Erweiterung des ursprünglichen Klagvorbringens und eventuelle Verbindung der Erbschaftsklage mit der erbschaftlichen Singularklage wird von dem Vorderrichter mit Recht für statthaft erklärt. Nr. 2484. Nr. 2280.

Nr. 2483. I. Sen. 11. Oktober 1882. I. 347. 82. Bd. 10, Nr. 44, S. 161.

Heriditatis petitio. Voraussetzung bezüglich der Person des Beklagten. Einreden aus persönlichen Ansprüchen. (Gem. R.). Die römischen Rechtsquellen sagen

ausdrücklich, daß ein Besitzer, der sich nur auf einen nichtigen Titel berufen kann, dessen Nichtigkeit er kennen muß, als Besitzer pro possessore gilt und daher der hereditatis petitio unterliegt. l. 13 § 1 Dig. de her. pet. 5, 3; l. 14 § 2 Dig. quod met. c. 4, 2. Um so mehr muß dies von einem Besitzer gelten, der sich einen Titel gegen besseres Wissen bloß erfindet. Ob die hereditatis petitio hier gegen den Beklagten begründet ist, hängt daher gerade erst davon ab, ob es unwahr ist, daß, wie er behauptet, der Erblasser des Klägers bei Lebzeiten ihm die betreffenden Papiere, die der Kläger für die Erbmasse in Anspruch nimmt, zu Eigentum übergeben habe. Ist es wahr, so ist allerdings diese Klage nicht begründet, dann aber ebensowenig die rei vindicatio oder die Publiciana actio. Auch rücksichtlich der Beweislast unterscheiden sich die beiden Klagarten in den hier fraglichen Punkte nicht. Im vorliegenden Falle hat der Kläger es unentschieden gelassen, ob der Beklagte die Papiere schon bei Lebzeiten oder erst nach dem Tode des Erblassers an sich genommen habe. Im ersteren Falle würde der Kläger mit dem interdictum quorum bonorum nach c. 3 Cod. quor. bon. 8, 2 ihre Auslieferung verlangen können, ohne daß aus einem Singulartitel eine Einrede hergenommen werden dürfte. Der Beklagte ist in der Vorinstanz zum richterlichen Eide über die von ihm behauptete Thatsache, daß der Erblasser ihm erklärt habe, er übergebe ihm das alleinige Eigentum an den Papieren, zugelassen und das Reichsgericht hat die Revision des Klägers zurückgewiesen. Schon aus der bloßen Erklärung, man schenke einen Gegenstand, entspringt nach c. 35 § 5 Cod. de don. 8, § 4 eine persönliche Klage auf Leistung dieses Gegenstandes. Wegen eines solchen Schenkungsversprechens soll das Berufungsgericht, wie Kläger geltend macht, zu Unrecht eine Einrede gegen die als hereditatis petitio aufzufassende Klage zugelassen haben. Gegen die rei vindicatio oder Publiciana actio findet eine exceptio aus einem den Kläger zur Eigentumsübertragung verpflichtenden obligatorischen Verhältnisse statt, l. 1 § 5 Dig. de exc. r. vend. et trad. 21, 3 und l. 49 Dig. mand. 18, 1. Ein Besitzesfehler ist vom Kläger nicht behauptet; in der Anführung, der Beklagte habe die Papiere „an sich genommen", liegt eine solche Behauptung nicht. Wie eine Einwendung jener Art gegenüber der hereditatis petitio wirke, ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt. Von einer eigentlichen exceptio, gerichtet gegen die Erbschaft als Ganzes, kann nicht die Rede sein. Aber trotzdem kann sie doch bei Bestimmung der Restitutionspflicht im einzelnen, wobei die hereditatis petitio die Natur eines judicium bonae fidei hatte (c. 12 § 3 Cod. de her. pet. 3, 31; § 28 Inst. de act. 4, 6) berücksichtigt werden. Für solche Berücksichtigung spricht auch die Analogie der Zulassung von Kompensationen mit Forderungen, die dem Beklagten gegen den Erblasser zustanden. l. 31 § 2, l. 58 Dig. de her. pet. 5, 3, c. 4 Cod. de her. pet. 3, 31. Nr. 2280.

Nr. 2484. III. Sen. 2. Dezember 1887. III. 136. 87. Bd. 19, Nr. 46, S. 242.

Passivlegitimation bei der hereditatis petitio. (Gem. R.). Den Mangel der Passivlegitimation des Beklagten zu begründen, kann es allerdings nicht genügen, daß der Beklagte den Hof und dessen Inventar nicht als Erbe seines Vaters, sondern kraft seines Anerbenrechts als Erbe seiner Mutter und seines Bruders, von dem Nachlasse seines Vaters aber nichts als dessen Erbe in Besitz haben will, vielmehr ist entscheidend, daß der Beklagte nach den vom Kläger behaupteten bezw. den feststehenden Thatsachen den Nachlaß des Vaters der Parteien oder Teile desselben nicht pro herede oder pro possessore besitzt. Nicht jeder Besitz auf Grund eines rechtlich nicht begründeten Titels ist aber als ein Besitz pro possessore anzusehen, sondern die Erbschaftsklage ist nur gegen denjenigen begründet, welcher aus einem nichtigen Titel Erbschaftssachen besitzt und die Nichtigkeit dieses Titels entweder kennt oder doch, ohne daß ihm ein entschuldbarer Rechtsirrtum zur Seite stände, kennen muß. § 3 Inst. de interd. 4, 15; l. 13 pr. §§ 1, 8; l. 25 § 6 Dig. de her. pet. 5, 3. Nr. 2482. Nr. 2280.

Nr. 2485. III. Sen. 5. Februar 1884. III. 302. 83. Bd. 11, Nr. 49, S. 234.

Beginn und Dauer der Verjährung der Erbschaftsklage. c. 3 Cod. de praescr. 7, 39. (Gem. R.). Die Erbschaftsklage und zwar sowohl die hereditatis petitio universalis wie partiaria unterliegt gleich anderen klagbaren Ansprüchen, insbesondere dem Eigentumsanspruche, der regelmäßigen Verjährungszeit von 30 Jahren, c. 3 Cod. de praescr. 7, 39. Die Verjährung fängt an zu laufen nicht mit dem Momente des Erbschaftsanfalles, sondern erst mit dem Zeitpunkte, in welchem sich der Gegner des zur Erbschaft Berufenen in einem dem Erbrechte des Letzteren widerstreitenden Besitze der Erbschaft befindet. Der Anfall der Erbschaft an den Erben oder Miterben und die erlangte Kenntnis von der Delation hat nur die Bedeutung, daß es in der Macht des Berechtigten liegt, durch Antretung der Erbschaft die aus dem fortdauerndem Erbschaftsbesitze des unberechtigten Dritten für ihn entstehenden nachteiligen Folgen zu beseitigen. Er kann ihnen sofort nach erlangter Kenntnis von dem Erbschaftsanfalle durch eine spontane Äußerung seines Willens, insbesondere durch Anstellung der Erbschaftsklage, worin von selbst die Antretung der Erbschaft liegt, begegnen. Die Einrede der Verjährung ist nur dem Besitzer der Erbschaft oder eines Teils derselben gegen den auftretenden Erben oder Miterben gegeben, sie kommt aber nicht auch bei etwaigem zufälligen Übergange der Erbschaft an einen Dritten diesem zu statten, so daß der Berufene gerade wegen der unbeschränkten Dauer seines Rechts auf Antretung der Erbschaft gegen Jeden, der sich auf den Besitz der Erbschaft durch den Vorgänger nicht zu berufen vermag, die Erbschaftsklage anstellen kann. Die Unterscheidung zwischen der Klage auf Anerkennung des Erbrechts und der auf Herausgabe der Erbschaft, also der Frage, ob die Erbschaft im objektiven Sinne (der Nachlaß) oder die Erbschaft im subjektiven Sinne (das Erbrecht) Gegenstand der hereditatis petitio sei, ist für den vorliegenden Fall wertlos, da diese Klage ohne thatsächliche Vorenthaltung der Erbschaft nicht erhoben werden kann und jedenfalls die hier angestellte Klage gerade auf Herausgabe des elterlichen Nachlasses zum Anteile des Klägers als Folge des behaupteten Miterbrechts gerichtet ist. — Die Verjährung der Erbschaftsklage setzt weder zu ihrem Beginne noch zu ihrem Ablaufe voraus, daß derjenige, welcher als Erbe oder ohne allen rechtfertigenden Grund besitzt, von dem Vorhandensein eines zur Erbschaft oder Miterbschaft Berufenen oder auch eines wirklichen Erben oder Miterben Kenntnis habe. Es genügt, daß sich jener die Verjährungszeit hindurch im Besitze der Erbschaft befand. Denn die juristische causa der Verjährung der Erbschaftsklage ist keine andere als der Grund der Verjährung sonstiger Ansprüche, nämlich das Stillschweigen des Berechtigten während der gesetzlich bestimmten Zeit.

Nr. 2486. III. Sen. 30. September 1884. III. 129. 84. Bd. 12, Nr. 44, S. 179.

Verjährungseinrede aus der Person des Erblassers seitens eines Schuldners und Miterben gegenüber der Erbschaftsklage des anderen. (Gem. R.). Durch den Ablauf der Verjährungszeit wird zwar nicht ohne Weiteres die Forderung aufgehoben, sondern dadurch nur eine die Forderung ausschließende Einrede begründet, so daß wegen Verjährung eine Klage nur abgewiesen werden kann, wenn der Beklagte die Einrede der Verjährung geltend macht, sich auf den Ablauf der Verjährung beruft. Allein daraus folgt nicht, daß der Schuldner, wenn der Gläubiger nach Ablauf der Verjährungszeit verstorben ist, die Einrede der Verjährung den Erben seines Gläubigers gegenüber verliert, falls diese den Anspruch nicht mit der Spezialklage, sondern mit der hereditatis petitio verfolgen. Der Schuldner kann vielmehr auch im letzteren Falle geltend machen, daß die Forderung bezw. das Klagrecht schon zur Zeit des Todes des Erblassers durch Verjährung erloschen gewesen sei. Die ihm gegen seinen Gläubiger zustehenden Verteidigungsbehelfe können nicht dadurch aufgehoben werden, daß infolge des Todes des Gläubigers an dessen Stelle andere Personen getreten sind

und daß sie den Anspruch nicht mit der Vertragsklage geltend machen, sondern in der Lage sind, ihn mit der Erbschaftsklage zu verfolgen.

Nr. 2487. III. Sen. 11. Dezember 1891. III. 258. 91. Bd. 28, Nr. 40, 171.

Passivlegitimation zur Erbschaftsklage. Simulierter Verpflegungsvertrag als Schenkung. Anfechtung von Veräußerungen des Erbgebers unter Lebenden durch den Vertragserben. (Gem. R.). Mit Unrecht bestreitet der Beklagte seine Passivlegitimation zur Erbschaftsklage. In Ansehung derjenigen Nachlaßobjekte, die der Beklagte, in dessen Hause die von ihm verpflegte Erblasserin gestorben ist, unbestritten ohne Rechtsgrund besitzt, unterliegt die Statthaftigkeit der Erbschaftsklage keinem Bedenken, da die Klage gegen Jeden angestellt werden kann, der auch nur eine einzelne zur Erbschaft gehörige Sache dem Erben vorenthält (l. 4, 9, 10 Dig. de hered. pet. 5, 3), und der Beklagte gegen die thatsächliche Feststellung, daß er über einige jener Gegenstände zu Gunsten Dritter verfügt und sich dadurch mit seiner Erklärung, er besitze die Erbschaft weder als Erbe noch ohne rechtfertigenden Grund, in Widerspruch gesetzt hat, irgend welche Einwendungen vorzubringen außer stande war. Rücksichtlich der im Verpflegungsvertrage, den der Beklagte mit der Erblasserin geschlossen hatte, begriffenen Gegenstände ist es dagegen nicht ganz zutreffend, wenn der Berufungsrichter erwägt, daß der Beklagte auch diese ohne rechtfertigenden Grund besitze, sobald nur der Vertrag nicht rechtsbeständig sei. Denn selbst derjenige darf die Erbschaftsklage von sich ablehnen und den Erben auf die zuständige Singularklage verweisen, der sich auf einen vermeintlichen Titel zu berufen vermag, es sei denn, daß er die Rechtsungültigkeit dieses angeblichen Titels kannte oder kennen mußte. Nr. 2483. Nr. 2482. Nr. 2484. Diese ungenaue Ausdrucksweise ist jedoch unerheblich. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts ist der Verpflegungsvertrag, auf den sich der Beklagte stützt, als solcher simuliert; er enthält nur eine verschleierte Schenkung. Ist aber diese Annahme richtig, so bestand das zum Scheine abgeschlossene Geschäft in Wirklichkeit nicht, und es bedurfte, um dessen Nichtigkeit herbeizuführen, nicht einmal einer besonderen Anfechtung desselben. Ob aber das verdeckte Geschäft, die Schenkung, deshalb nichtig ist, weil der Beklagte bei dessen Eingehung von der Absicht der Erblasserin, ihren Nachlaß der Vertragserbin zu entziehen, Kenntnis hatte, die darunter begriffenen Vermögensteile folglich in bösem Glauben erwarb, kann dahingestellt bleiben, da die Klägerin mittels einer auf Grund des § 253 C.P.O. rechtzeitig erhobene Incidentfeststellungsklage den erwähnten Vertrag überhaupt als rechtsunwirksam angefochten hat. Eine derartige Klage ist auch zur Begründung der Passivlegitimation geeignet. Es liegt die Kumulation einer Singularklage mit der Erbschaftsklage vor, und es mußte der Beklagte sich auf die erstere einlassen, selbst wenn die letztere nicht gegen ihn angestellt werden könnte. Nr. 2482. Was den Verpflegungsvertrag selbst anbelangt, so gelangt der Berufungsrichter zur Annahme einer Schenkung nicht, wie der Revisionskläger behauptet, nur aus der Erwägung, daß die Gegenleistung für die der Erblasserin versprochene Verpflichtung absichtlich zu hoch gegriffen sei, sondern nach den Gesamtumständen des Falles. Auch läßt die angefochtene Entscheidung materiell keinen Rechtsirrtum erkennen. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist der Erbgeber durch den Abschluß eines Erbvertrages in Verfügungen unter Lebenden über sein Vermögen regelmäßig nicht beschränkt; denn der künftige Vertragserbe hat nur das Vermögen zu beanspruchen, welches im Augenblicke des Todes des Erblassers vorhanden ist. Der Erbnehmer muß indessen gegen arglistige Beeinträchtigungen seiner durch den Erbvertrag begründeten Ansprüche geschützt werden. Von diesem Gesichtspunkte haben die deutsche gemeinrechtliche Jurisprudenz überwiegend und die gemeinrechtliche Praxis fast ausnahmslos dem Vertragserben nach dem Tode des Erbgebers die Befugnis zur Anfechtung frauduloser Veräußerungen unter Lebenden gegenüber dem dritten Erwerber von Nachlaßobjekten gewährt. Die Anfechtbarkeit derartiger Verfügungen umfaßt nicht bloß

Schenkungen, sondern tritt auch bei onerosen Rechtsgeschäften unter der Voraussetzung ein, daß der Erwerber mit der betrüglichen Absicht des Erbgebers bekannt war. Die Klage aber, mit der der Erbnehmer den Anspruch auf die ihm zur Vereitelung seines Erbrechts veräußerten Nachlaßgegenstände geltend zu machen befugt ist, kann die Erbschaftsklage, sie kann aber auch die Singularklage (actio doli oder in factum) sein. Der Umstand, daß im vorliegenden Falle die vom Beklagten übernommenen Leistungen im wesentlichen mit dem Tode der Witwe T. ihren Abschluß finden sollten, der Eintritt dieses Zeitpunktes aber bei der Eingehung des Verpflegungsvertrages noch ungewiß war, verleiht dem letzteren nicht den Charakter eines gewagten Geschäftes im Rechtssinne. Nr. 2482. Auch von einem gemischten Geschäfte (negotium mixtum cum donatione) und einer teilweisen Aufrechterhaltung des Vertrages kann keine Rede sein. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts war der Vertrag als lästiges Geschäft überhaupt nicht ernstlich gemeint, als freigebige Zuwendung aber erschien er, soweit darin bereits erfolgte Gegenleistungen des Beklagten abgefunden werden, als belohnende (remuneratorische), und soweit Gegenleistungen für die Zukunft in Frage stehen, als Schenkung unter einer Auflage (donatio sub modo). Nach beiden Richtungen liegt weder die Notwendigkeit noch die Möglichkeit der Beschränkung der Anfechtung auf das beabsichtigte Übermaß der Schenkung vor. Denn diese kommt der Hauptsache nach auf eine arglistige Verkürzung der Vertragserbin hinaus und die wirklich erfolgte oder beabsichtigte Verpflegung der Gegenkontrahentin hat bloß eine nebensächliche Bedeutung. Jedenfalls fehlt es zur Durchführung der von dem Beklagten in dieser Instanz begehrten Trennung an den erforderlichen thatsächlichen Anhaltspunkten, die der Beklagte in den vorderen Instanzen hätte an die Hand geben müssen. Rücksichtlich der Aufwendungen, die der Beklagte bereits vor Abschluß sowie infolge des fraudulosen Vertrages zu Gunsten seiner Gegenkontrahentin wirklich gemacht haben will, ist allen berechtigten Ansprüchen desselben dadurch genügt worden, daß ihn der Berufungsrichter zu deren Geltendmachung an die Klägerin als Vertragserbin verwiesen hat.

Nr. 2488. IV. Sen. 8. Oktober 1891. IV. 159. 91. Bd. 28, Nr 81, S. 354.

Klage des Erbprätendenten gegen den Nachlaßpfleger auf Herausgabe des Nachlasses. (Preuß. R.). Der Beklagte ist, weil nicht bekannt war, wer Erbe sei, zum Nachlaßpfleger bestellt, die gerichtliche Nachlaßregulierung ist eingeleitet und dauert trotz der vom Beklagten geschehenen Ermittelung und Anzeige der angeblich berufenen Testamentserben fort. Auch befindet sich der Beklagte noch im Besitze des Nachlasses. Mit Recht nimmt daher das Berufungsgericht an, daß auf diese Nachlaßregulierung und Nachlaßpflegschaft die Vorschriften der §§ 471—492, I. 9 A.L.R. Anwendung finden. Darin aber, daß diese Vorschriften gegen die Zulässigkeit der Klage gegen den Nachlaßpfleger sprechen sollen, kann der Meinung des Berufungsrichters nicht beigetreten werden. Es handelt sich auch im vorliegenden Rechtsstreite nur um die Frage, ob die Kläger insoweit als die wahren Erben anzusehen sind, daß ihnen der Nachlaß unbeschadet der Rechte Dritter ausgeantwortet werden kann. Eine solche Frage ist aber ein geeigneter Gegenstand des Rechtsstreites zwischen dem Erbprätendenten und dem Nachlaßpfleger. Es bedarf eines weiteren Eingehens auf die angeblich dem Nachlaßrichter allein zukommende Pflicht und Befugnis zur Legitimationsprüfung, auf die angebliche Unzulässigkeit von Eingriffen des Nachlaßpflegers in dies Gebiet durch prozessuale Zugeständnisse, auf die angeblich mangelnde Wirksamkeit des Urteils für und gegen den Prätendenten nicht. Alle diese Bedenken verlieren ihre Bedeutung durch die Erwägung, daß das Urteil ebenso wie die Bescheinigung des Nachlaßgerichts (§ 486, I. 9 A.L.R.) nur die Wirkung hat, daß der Nachlaß dem Prätendenten ausgehändigt wird, daß aber von anderer Seite im Rechtsstreite gegenüber diesem Besitzer ein besseres Recht geltend gemacht und der Nachweis eines solchen geführt werden kann, ohne daß der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache Anwendung findet. Die Zulässigkeit

der Klage des Erbprätendenten gegen den Nachlaßpfleger ergiebt sich aus der Fassung des § 487 a. a. O., und es kann dem Berufungsgericht nicht zugegeben werden, daß, während schon der § 476 a. a. O. dem Nachlaßpfleger die Ausmittelung des eigentlichen Erben zur Pflicht gemacht hat, der § 487, der den Gegensatz zu der mit der Erteilung der Erbbescheinigung abschließenden nachlaßrichterlichen Thätigkeit bildet, mit der „näheren Erörterung" der gegen den sich angebenden Erben sprechenden Vermutungen, die zwischen diesem und dem Nachlaßpfleger geschehen soll, wiederum nur eine außergerichtliche Thätigkeit des Nachlaßpflegers, wie sie § 476 festsetzt, vorgeschrieben habe. Auch nötigt zu dieser Auffassung des Berufungsgerichts nicht der § 488 a. a. O.; denn das hier erwähnte richterliche Ermessen über die Notwendigkeit einer besonderen öffentlichen Vorladung näherer oder gleich naher Verwandten stand dem Prozeßgericht zur Zeit, als das A.L.R. in Kraft trat, nach den damals geltenden Vorschriften über die von Amts wegen zu erforschende Wahrheit (§§ 10, 17 Einl. A.G.O.) zu, und auch jetzt noch ist das Nachlaßgericht nicht behindert, vor der Klagerhebung gegen den Pfleger des Nachlasses eine solche öffentliche Vorladung nach seinem Ermessen zu erlassen. Endlich kann auch nicht der Fiskus als der eigentliche vom Gesetze berufene Gegner in dem von dem Erbprätendenten um den Besitz des Nachlasses zu führenden Rechtsstreite angesehen werden, weil der Fiskus nach den §§ 16, 17, II. 16 A.L.R. erst dann zur Erbschaft berufen ist, wenn weder gesetzliche noch Testamentserben vorhanden sind, er daher, wenn es sich darum handelt, ob gesetzliche Erben oder testamentarische den Nachlaß erhalten sollen, bei der Streitfrage ganz unbeteiligt ist. Nr. 2460.

Nr. 2489. II. Sen. 26. Februar 1886. II. 393. 85. Bd. 15, Nr. 78, S. 319.

Zulässigkeit der hereditatis petitio gegen den Erbschaftskäufer. (Rhein. R.). Ebenso wie bei der rei vindicatio das Eigentum an bestimmten Sachen geltend gemacht wird, bringt die hereditatis petitio den Anspruch auf *eine Erbschaft als solche* zur Geltung; sie richtet sich daher ihrer dinglichen Natur gemäß gegen Jeden, der die Erbmasse als solche ganz oder teilweise im Besitze hat und sie *als erbberechtigt* in Anspruch nimmt. Hieraus ergiebt sich, daß sie nicht bloß gegen den erhoben werden kann, welcher die Erbschaft in der Eigenschaft eines Erben oder eines Miterben in Anspruch nimmt, sondern auch gegen den Erbschaftskäufer, welcher die Erbrechte seines Verkäufers geltend machend die Erbschaft einem Erbberechtigten vorenthält. Betreffs der Mobilien des Nachlasses kann sich der beklagte Erbschaftskäufer nicht auf Art. 2279 code civil berufen, da ihm diese Mobilien nur als Bestandteile der Erbschaft übertragen sind und auch nur als solche von ihm verlangt werden.

Nr. 2490. VI. Sen. 23. Juni 1890. VI. 88. 90. Bd. 26, Nr. 24, S. 117.

Konvention über die Regulierung von Hinterlassenschaften zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland vom 2. November/31. Oktober 1874. Der Art. 10 der gedachten Konvention stellt ein *allgemeines Prinzip* bezüglich der Beerbung der beiderseitigen Staatsangehörigen auf, durch welches den landesrechtlichen Grundsätzen über die Anwendung des Rechtes des letzten Wohnsitzes derogiert wird, und setzt an die Stelle dieser landesrechtlichen Grundsätze bezüglich des Mobiliarnachlasses das *Nationalitätsprinzip*. Dagegen ist bezüglich der Frage, welche Wirksamkeit die russischen Urteile über Erbschaftsstreitigkeiten in Deutschland und umgekehrt die Entscheidungen deutscher Gerichte in Rußland äußern, in der Konvention *nichts* bestimmt. Die C.P.O. fand daher in der Frage ein offenes Feld vor und es greifen daher für das Deutsche Reich zunächst die Bestimmungen der C.P.O. Platz. In Rußland werden die Urteile der Gerichte auswärtiger Staaten, mit welchen hierüber ein besonderes Abkommen nicht getroffen ist, überhaupt nicht vollstreckt, und es steht fest, daß ein solches Abkommen zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland nicht besteht, und auch vorher zwischen Rußland und Preußen nicht bestand (§§ 660, 661, Nr. 4 und 5 C.P.O.). Aus den

vorgelegten Urteilen der russischen Gerichte geht hervor, daß der Beklagte, welcher deutscher Staatsangehöriger ist, sich dort auf den Prozeß nicht eingelassen hat und daß ihm die den Prozeß einleitende Ladung resp. Verfügung weder in Person noch durch Gewährung der Rechtshilfe im Deutschen Reiche zugestellt, er vielmehr lediglich edictaliter geladen worden ist. Dieser letztere Umstand würde aber auch einer Judikatsklage aus dem hier fraglichen Urteile entgegenstehen, selbst wenn man nicht eine Judikatsklage aus einem auswärtigen Urteile, in anderer Form als der der §§ 660 und 661 C.P.O., überhaupt für ausgeschlossen erachten wollte. Denn offenbar soll durch § 661 Nr. 4 a. a. O. der Rechtskraft eines ausländischen Versäumnisurteiles, welches gegen einen Deutschen ohne die dort vorgesehenen Formen der Ladung ergangen ist, die Anerkennung versagt sein. Dieser Umstand ist zwar für die Entscheidung des konkreten Falles nicht direkt von Belang, weil auch die Judikatsklage nicht angestellt ist. Gerade dann aber, wenn nicht aus dem ausländischen Urteile geklagt werden kann, ist dem Klagteile zu gestatten, den Rechtsanspruch selbst vor deutschen Gerichten zum Austrage zu bringen. Allein die Folge ist dann unabweislich, daß die Entscheidung des ausländischen Gerichts als solche überhaupt nicht von präjudizieller Wirkung für den deutschen Richter sein kann. Selbst wenn man nicht so weit gehen wollte, das Erfordernis der Gegenseitigkeit nicht nur betreffs der Vollstreckung, sondern auch betreffs der Anerkennung ausländischer Urteile aufzustellen, so würde für den vorliegenden Fall der Mangel der Rechtskraft des fraglichen Versäumnisurteils im Sinne des § 661, Nr. 4 C.P.O. dem Beklagten gegenüber die Geltung jenes Urteils als einer die deutschen Gerichte irgendwie bindenden Vorentscheidung ausschließen. Nr. 3723. Nr. 3717.

Mehrheit von Erben.

Nr. 2491. IV. Sen. 7. Januar 1890. IV. 272. 89. Bd. 25, Nr. 59, S. 281.

Anfechtung einer vom Vormundschaftsgerichte genehmigten Erbteilung wegen Irrtums des Richters. §§ 42 Nr. 4, 46 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. §§ 2, 4 des Gesetzes vom 12. Juli 1875; §§ 123, 111, I. 17; §§ 417, 419, I. 16 A.L.R. (Preuß. R.). Die Genehmigung, welche das Vormundschaftsgericht dem von dem Vormunde als Vertreter des Mündels vorgenommenen Rechtsgeschäfte erteilt, steht, wenngleich eine Vertretung des Mündels durch das Vormundschaftsgericht nicht angenommen werden kann, doch unter den von den Willensfehlern der Willenserklärungen geltenden Rechtsnormen. Da nun Erbesauseinandersetzungen zu den Rechtsgeschäften gezählt werden, zu welchen es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf, so unterliegt die Erteilung der Genehmigung, wenn sie auf einem wesentlichen Irrtum beruht, der Anfechtung nach den in Titel 4 Teil I. A.L.R. gegebenen Vorschriften. Der die vorliegende Erbesauseinandersetzung als Vormundschaftsrichter genehmigende Amtsrichter hat nicht gewußt, daß der Erblasser in Erfüllung eines vor der Heirat der Beklagten dem beklagten Ehemanne gegebenen Versprechens den Brüdern desselben die fragliche Summe gezahlt habe, objektiv bildet dies Nichtwissen nach der Feststellung des Berufungsrichters einen wesentlichen Irrtum. Die Erbesauseinandersetzung unterliegt daher der Anfechtung.

Nr. 2492. II. Sen. 31. Januar 1882. II. 59. 81. Bd. 7, Nr. 82, S. 290.

Erbretrakt. (Rhein. R.). Die Bestimmung des Art. 841 code civil über Erbretrakt können auch Anwendung finden auf einen Akt, wodurch ein Miterbe seinen ideellen Anteil an der Immobiliarmasse des Nachlasses verkauft. Ein solcher Anteil fällt unter den Begriff des „universellen" Rechts des Miterben, wie sich aus der Vergleichung der Art. 1010, 610—612, 871 code civil ergiebt. Der Cessionar eines solchen Rechts ist berechtigt, an Stelle seines Cedenten die Erbteilung zu provozieren und sich an der damit verbundenen Aufdeckung und Diskussion der Familienverhältnisse zu beteiligen.

Dies Recht bildet aber gerade das Kriterium für das Dasein der Voraussetzung des lediglich zum Zwecke der Verhinderung einer solchen Einmischung gegebenen bezw. beibehaltenen Erbretraktrechtes. Nr. 2493.

Nr. 2493. II. Sen. 22. November 1895. II. 206. 95. Bd. 36, Nr. 83, S. 340.

Rechtsstellung dessen, dem ein Miterbe seinen Anteil an den zum Nachlasse gehörigen Grundstücken abgetreten hat. (Rhein. R.). Damit der Art. 841 code civil Anwendung finden kann, wird vorausgesetzt, daß ein Miterbe seinen Erbanspruch (droit à la succession) auf einen Dritten übertragen hat. Diese Vorschrift trifft sonach nicht zu, wenn lediglich der Anspruch auf einzelne Nachlaßgegenstände den Gegenstand der Übertragung gebildet hat. Ihre Anwendung ist aber auch dann ausgeschlossen, wenn bereits eine Teilung des Nachlasses stattgefunden hat und nur der Anteil eines Miterben an gewissen unverteilt gebliebenen Nachlaßgegenständen übertragen worden ist; denn hier wird nicht der Erbanspruch selbst, sondern nur der Anteil an einer gewöhnlichen Gemeinschaft übertragen. Andererseits wird zur Anwendung des Art. 841 nicht vorausgesetzt, daß der Erbanspruch in Ansehung der ganzen Verlassenschaft übertragen worden ist. Nr. 2492. Vielmehr genügt es, weil der code civil auch die Mobiliarmasse und die Immobiliarmasse des Nachlasses als Vermögensinbegriffe und die Rechte darauf ebenso wie den Quotenanteil am ganzen Nachlasse als universelle Rechte behandelt (Art. 610—612, 871, 1010 code civil), daß der ideelle Anteil an sämtlichen Mobilien oder Immobilien auf einen Dritten übertragen wurde. Soweit es sich im vorliegenden Falle um Übertragung des Guthabens des Erblassers an die Handelsgesellschaft O. & M., deren Teilhaber der Erblasser war, sowie des Anteils an den vorhandenen der Gesellschaft gehörenden Fässern und sonstigen Geräten handelt, geben die Ausführungen des Oberlandesgerichts zu Bedenken keine Veranlassung. Bezüglich des erwähnten Guthabens ist festgestellt, daß in dieser Beziehung zwischen den Klägern und dem Miterben Theodor D. bereits früher eine Auseinandersetzung stattgefunden hat, zufolge deren beiden Miterben eine bestimmte Forderung an die Gesellschaft zugewiesen wurde, Theodor D. sonach dem Beklagten die ihm überwiesene nicht mehr zum Nachlasse gehörige Forderung übertragen hat. Auf ein solches Rechtsgeschäft kann Art. 841 code civil, wie in den beiden Vorinstanzen mit Recht angenommen ist, keine Anwendung finden. Auch soweit es sich um die Übertragung des Anteils an den Fässern u. s. w. handelt, sind die Ausführungen des Oberlandesgerichts nicht zu beanstanden. Da die Mobiliarmasse im wesentlichen durch verschiedene zwischen den Erben abgeschlossene Verträge geteilt war und nur noch bezüglich der erwähnten Fässer und einiger sonstigen Fahrnisse eine beschränkte Gemeinschaft bestand, so konnte das Oberlandesgericht nach den obigen Grundsätzen schon deshalb ohne Rechtsirrtum annehmen, daß hier die Übertragung eines Erbanspruches nicht in Frage stehe, sondern nur der Anteil an einzelnen Gegenständen übertragen worden sei, bezüglich deren noch eine Gemeinschaft bestanden habe. Bezüglich der Übertragung des dem Miterben Theodor D. zustehenden Anteils an den fünfzehn die Immobiliarmasse des Nachlasses bildenden Grundstücke hat das Oberlandesgericht ohne Rechtsirrtum angenommen, der Umstand, daß weitere Grundstücke nicht vorhanden gewesen, zwinge nicht für sich allein zu der Annahme, daß eine Übertragung des Erbanspruchs vorliege; vielmehr sei die Absicht der Beteiligten maßgebend. Auch hat es zutreffend dargelegt, dabei komme wesentlich in Betracht, ob dem Beklagten das Recht zustehen solle, im eigenen Namen eine Klage auf Teilung des Immobiliarnachlasses zu erheben. Es hat aber bei Verneinung dieser Frage ausgeführt, der Beklagte dürfe, auch wenn die Übertragung des Erbanspruches nicht in Frage stehe, gegen die Kläger auf Teilung der fünfzehn Grundstücke klagen. Dieser Auffassung liegt ein Rechtsirrtum zu Grunde. So lange eine Teilung bezüglich des Nachlasses nicht vorgenommen ist, steht das Eigentum an den vorhandenen Massegegenständen allerdings den Erben gemeinschaftlich zu. Die Teilung

selbst entscheidet aber erst darüber, wer von ihnen endgültig als Eigentümer der einzelnen Gegenstände zu behandeln ist, indem nach Art. 883 code civil hinsichtlich jedes Miterben anzunehmen ist, er habe alle ihm bei der Teilung zugewiesenen oder bei der Versteigerung erworbenen Sachen allein und unmittelbar geerbt, an den anderen Gegenständen aber niemals ein Eigentumsrecht gehabt. Aus dieser Vorschrift ergiebt sich, daß jede Verfügung, die ein Miterbe hinsichtlich seines Anteils an den einzelnen Massegegenständen trifft, gleichviel, ob es sich um einen Verkauf oder um eine Verpfändung handelt, nur dann wirksam wird, wenn diese Gegenstände ihm infolge der Teilung zufallen, daß sie dagegen unwirksam ist, wenn und so weit diese Voraussetzung nicht zutrifft. Bei dieser Sachlage würde der Beklagte, weil vor Durchführung der Erbteilung nicht feststeht, ob Theodor D. überhaupt als Eigentümer der fünfzehn Grundstücke oder eines Teils derselben anzusehen und die von ihm getroffene Verfügung wirksam ist, zu einer Teilungsklage überhaupt nicht berechtigt sein, wenn er, wie das Oberlandesgericht angenommen hat, nicht den Erbanspruch des Theodor D., sondern nur ein (bedingtes) Recht bezüglich der einzelnen Grundstücke erworben hätte. Er müßte vielmehr abwarten, ob seinem Verkäufer bei der Teilung solche Grundstücke zufallen, und könnte erst, wenn es dazu käme, seine Ansprüche darauf geltend machen. Dieser Umstand fällt bei der Beurteilung der Absicht der Parteien sehr erheblich ins Gewicht. Auch ist nicht ersichtlich, ob das Oberlandesgericht bei richtiger Würdigung der bestehenden Rechtsverhältnisse gleichfalls zu der Ansicht gelangt wäre, der Beklagte habe den Anteil an den einzelnen Grundstücken trotz der dadurch für ihn entstehenden Unsicherheit kaufen und den Kaufpreis zahlen wollen. Deshalb mußte die angefochtene Entscheidung, welche die auf Abtretung aller vom Beklagten erworbenen Rechte gegen Erstattung des von ihm gezahlten Preises gerichtete Klage abweist, soweit es sich um die Grundstücke handelt, aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Nr. 2495.

Nr. 2494. IV. Sen. 21. Mai 1883. IV. 111. 83. Bd. 9, Nr. 73, S. 272.

Recht des Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen. (Preuß. R.). Nach preußischem Recht hat der einzelne Miterbe einen aliquoten Teil nach Verhältnis seiner Erbquote nur an dem Inbegriffe der Erbschaft, nicht als ein Sonderrecht ein Sondereigentum an dem einzelnen Nachlaßstücke. Er hat also auch (vor der Auseinandersetzung) nicht ein Sondereigentum an dem Nachlaßgrundstücke, sei es am Ganzen oder an einer pars pro indiviso nach der Rate seiner Erbquote. Den Gründen in dem Plenarbeschlusse des vormaligen preußischen Obertribunals vom 16. März 1857 (Entscheidungen des Obertribunals Bd. 35, S. 352) ist beizutreten. Nr. 1880. Nr. 1877.

Nr. 2495. II. Sen. 12. Juni 1896. II. 86. 96. Bd. 37, Nr. 98, S. 363.

Rechtliche Bedeutung der Auflassung des Miteigentums an einem Nachlaßgrundstücke vor der Erbesauseinandersetzung. (Rhein. R.). Bei Anlegung des Grundbuches für die Steuergemeinde St. Johann wurden in Bd. 1 Art. 43 auf das Grundstück Flur 2 Nr. 563/76 in der Betzen (Wiese 26,16 Ar groß) 1. W., Carl in St. Johann, 2. W., Sophie, Witwe Georg K. in St. Johann, 3. K., Sophie, Ehefrau Carl J. in St. Johann, 4. B., Sophie, Ehefrau Julius W. in Cöln am Rh. ohne jede weitere Angabe als „Miteigentümer" eingetragen. Bl. 2 der Grundakten dagegen findet sich folgende Bemerkung: „Diese Personen haben ihren Anteil durch Erbschaft von dem im Jahre 1867 verstorbenen Carl W., der im Jahre 1876 verstorbenen Florentine W. und der im Jahre 1884 verstorbenen Emilie W. erworben." Dieser Vermerk entspricht den thatsächlichen Verhältnissen. Über den Nachlaß der letztgenannten Personen, der zu jener Zeit, abgesehen von dem Grundstück Flur 2 Nr. 563/76, aus Steigpreisen, Forderungen und Mobilien bestand und an welchem die im Grundbuche Eingetragenen in verschiedener Weise beteiligt sind, wurde am 3. Mai 1890 das gerichtliche Ver-

teilungsverfahren eröffnet, das noch nicht abgeschlossen ist. Am 19. Januar 1894 erschien die Ehefrau Carl J. mit dem Fabrikanten Theodor S. aus St. Johann auf dem Grundbuchamt und gab als „eingetragene Miteigentümerin" der fraglichen Parzelle die Erklärung ab, daß sie dem Theodor S. auf Grund eines Kaufes ihren Anteil an dem Grundstücke auflasse. Hierauf erfolgte die Eintragung des Theodor S. im Grundbuche: „Theodor S. als Eigentümer der bisher der Ehefrau J. gehörigen Quote; eingetragen auf Grund der Auflassung vom 19. Januar 1894 am 20. Januar 1894." Der unter 1 eingetragene Miterbe Carl W. erhob jedoch am 20. April 1894 gegen Theodor S. Klage mit dem Antrage, „festzustellen, daß die Umschreibung des Anteils der Ehefrau Carl J. an dem Grundstücke Flur 2 Nr. 563/76 in der Beßen Bd. : Art. 43 des Grundbuches für St. Johann auf Grund der Auflassung vom 19. Januar 1894 auf den Beklagten nicht rechtsbeständig und demnach zu löschen sei, demgemäß den Beklagten zu verurteilen, in die Löschung dieser Umschreibung im Grundbuche einzuwilligen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen". In beiden Vorinstanzen wurde diesem Klagantrage entsprechend erkannt. Die Aufstellung des Beklagten, daß die Anfechtungsklage unzulässig sei, vielmehr auf Grund des § 21 des E.G. vom 12. April 1888 Beschwerde hätte erhoben werden müssen, wurde auf Grund des § 9 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 als nicht begründet bezeichnet. Sodann wurde die von dem Beklagten bestrittene Aktivlegitimation des Klägers mit der Begründung angenommen, daß für den Fall der Zuweisung des Grundstücks an diesen im Falle der Teilung der gesetzlich begründeten Erwerbung des Alleineigentums die Eintragung des Beklagten entgegenstehen würde. Zur Sache wurde angenommen, daß der Beklagte durch den Vertrag mit der Ehefrau J. gegenwärtiges Miteigentumsrecht an dem Nachlaßgrundstücke nicht erworben habe, daß danach die erfolgte Grundbuchseintragung unberechtigt und deren Löschung zu verordnen sei. Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts ist zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht hat mit rechtlich zutreffender Begründung angenommen, daß dem Beklagten ein eintragungsfähiges Miteigentumsrecht an dem in Frage stehenden Grundstücke nicht zusteht und daß daher der Klagantrag sowohl auf Feststellung, daß die gleichwohl erfolgte Eintragung des Beklagten im Grundbuche nicht rechtsbeständig sei, als auf Verurteilung zur Bewilligung der Löschung jener Eintragung begründet sei. Die Ehefrau J. hatte durch den Auflassungsvertrag vom 19. Januar 1894 den ihr als Miterbin zustehenden Anteil an dem Wiesengrundstücke Flur 2 Nr. 563/76, das zur Zeit noch zu dem ungeteilten Nachlasse 1. des im Jahre 1867 verstorbenen Karl W., 2. der im Jahre 1876 verstorbenen Florentine W., 3. der im Jahre 1884 verstorbenen Emilie W. gehört, dem Beklagten übertragen. Durch diesen Vertrag hat aber der Beklagte ein gegenwärtiges Miteigentumsrecht an dem bezeichneten Grundstücke nicht erworben, weil der Ehefrau J. selbst ein solches nicht zustand. Die Erben sind nach französischem Recht vor stattgehabter Teilung in ihrer Gesamtheit Eigentümer des Nachlasses und aller dazu gehörigen Gegenstände pro indiviso und als solche, das ist in ihrer Gesamtheit, nach jeder Richtung hin verfügungsberechtigt sowohl bezüglich der Erbschaft als eines Ganzen als bezüglich jedes einzelnen Erbschaftsgegenstandes. Anders liegt zufolge der Bestimmung des Art. 883 code civil das Verhältnis des einzelnen Erben zu einem einzelnen Gegenstande des Nachlasses. Danach wird nach erfolgter Teilung jeder Erbe so angesehen, als habe er alle in sein Los fallenden oder bei der Licitation von ihm erworbenen Gegenstände allein und unmittelbar geerbt und an den übrigen Erbschaftssachen niemals Eigentum gehabt. Nach dieser Bestimmung, die für die Zeit bis zur Durchführung der Teilung rücksichtlich der zu einer Erbschaftsmasse gehörigen Forderungen gemäß der Vorschrift des Art. 1220 code civil allerdings eine durchgreifende Ausnahme erleidet (Nr. 2277), steht dem Miterben während bestehender Erbgemeinschaft ein gegenwärtiges Miteigentumsrecht an den einzelnen Erbschaftssachen, insonderheit den Nachlaßgrundstücken, nicht zu. Dementsprechend ist wiederholt in der Rechtsprechung aus-

gesprochen worden, daß während bestehender Gemeinschaft der Miterbe weder einen einzelnen Nachlaßgegenstand noch einen bestimmten Teil desselben z. B. eines Grundstückes vindizieren kann. Nr. 2498. Es ist daraus aber auch die weitere Folgerung herzuleiten, daß der Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Erbschaftssachen mit der Wirkung der Eigentumsübertragung vor stattgehabter Teilung nicht verfügen kann, daß vielmehr in einem solchen Falle das Eigentum auf seiten des Erwerbers erst dann und nur unter der Voraussetzung erworben wird, daß der betreffende Erbschaftsgegenstand bei der Teilung in das Los des verkaufenden Miterben fällt oder von ihm bei der Licitation erstanden wird. Nr. 2493. Da sonach die Ehefrau J. dem Beklagten gegenwärtiges Eigentumsrecht an dem in Frage stehenden Grundstücke nicht übertragen konnte und nicht übertragen hat, die Erwerbung des Eigentums aber die Voraussetzung der Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch bildet, Nr. 1879, so ist die dennoch erfolgte Eintragung des Beklagten als Eigentümer der bisher der Ehefrau J. gehörigen Quote des fraglichen Grundstückes zutreffend als nicht zu Recht bestehend erachtet und mit Recht die Verurteilung zur Löschungsbewilligung ausgesprochen worden. Bezüglich der in den Vorinstanzen erörterten Frage der Zulässigkeit der vorliegenden Klage gegenüber der Vorschrift des § 21 des E.G. vom 12. April 1888 sowie der Aktivlegitimation des Klägers ist lediglich den rechtlich zutreffenden Ausführungen der Vorderrichter beizupflichten. In ersterer Hinsicht wäre zudem noch auf § 46 Abs. 2 G.O. vom 5. Mai 1872 zu verweisen.

Nr. 2496. IV. Sen. 16. Februar 1891. IV. 4. 91. Bd. 28, Nr. 84, S. 363.

Einwand des Erben gegenüber der Klage eines Nachlaßgläubigers auf Zahlung einer Nachlaßschuld dahin, daß ein Miterbe mitbelangt werden müsse, weil dessen Erbschaftsentsagung verspätet sei. (Preuß. R.). Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Erbentsagung des nicht mitbeklagten B., der „zum Miterben auf den Pflichtteil“ berufen, ohne daß der Pflichtteil auf eine bestimmte Summe festgesetzt, der also Miterbe geworden ist, nicht Nachlaßgläubiger (Nr. 2621), nicht rechtzeitig erfolgt, deshalb dem Miterben gegenüber unwirksam, hiernach aber die Einrede der fehlenden Passivlegitimation begründet ist. Dem ist beizutreten. Die Revision macht geltend, von der Regel des § 127, I. 17 A.L.R., wonach zu den die Erbschaft betreffenden Schulden und Lasten die Erben gegen die Erbschaftsgläubiger gemeinschaftlich verpflichtet sind und also nur gemeinschaftlich d. h. zusammen, nicht einzeln belangt werden können, finde eine Ausnahme dann statt, wenn ein Miterbe der Erbschaft nach Ablauf der gesetzmäßigen Frist entsagt habe. Indessen kann der Erbe, der die Erbschaft einmal angenommen oder sich innerhalb der gesetzmäßigen Frist nicht erklärt hat (§§ 411, 412, I. 9 A.L.R.) nicht bloß den Erbschaftsgläubigern, sondern auch den Miterben gegenüber der Erbschaft nicht mehr entsagen. Die Worte des § 412 a. a. O. „zum Nachteile eines Dritten“ aber muten dem Dritten nicht den Beweis eines ihn durch die verspätete Erbesentsagung treffenden materiellen Schadens zu; vielmehr darf der Erbe einem Dritten gegenüber sich auf eine solche Entsagung überhaupt nicht berufen. Durch eine Erbschaftsentsagung nach Ablauf der gesetzlichen Frist kann der Erbe dieser seiner Eigenschaft sich nicht mehr entäußern; eine solche verspätete Entsagung ist vielmehr als Veräußerung aufzufassen, durch die der Erbe seine Erbqualität nicht verliert, er bleibt daher auch den Erbschaftsgläubigern und jedem Dritten gegenüber Erbe. Hiernach ist eine verspätete Erbschaftsentsagung auch den Miterben gegenüber unwirksam und die Einrede der mehreren Streitgenossen begründet. Auch der Gesichtspunkt einer Erbteilung ist ausgeschlossen. Ein Vertragsschluß im Sinne des § 131, I. 17 A.L.R. hat zwischen dem Beklagten und seinem Miterben nicht stattgefunden. Nr. 2458.

Nr. 2497. V. Sen. 9. Mai 1888. V. 59. 88. Bd. 21, Nr. 47, S. 252.

Erbteilung. Miteigentum an Forderungen. Kompensation. (Preuß. R.). Die Aufhebung des Miteigentumes an einer Erbschaft oder einer anderen universitas juris

kann ihrem Wesen nach (gleichwie im römischen Rechte das judicium familiae erciscundae l. 20 § 4 Dig. fam. erc. 10, 2) nur einmal erfolgen. Bleiben bei der Auseinandersetzung einzelne Vermögensstücke ungeteilt, so verbleiben dieselben im Miteigentum der Teilenden, aber als Einzelstücke, nicht, wie bis dahin, als unausgesonderte Teile des Sachen und Rechte, Aktiva und Passiva umfassenden Inbegriffes. Das Miteigentum an der Erbschaft oder dem sonstigen Vermögensinbegriffe hat sich in das Miteigentum an der von der Teilung ausgeschlossenen Sache oder Forderung verwandelt. Findet dann, wie im vorliegenden Falle, eine nachträgliche Teilung statt, so ist Gegenstand derselben die einzelne Sache oder Forderung, nicht mehr der Nachlaß, das Vermögen (§§ 33, 34, I. 2 A.L.R.). — Die Regel des römischen Rechts, daß teilbare Forderungsrechte unter mehreren Berechtigten, falls nichts Anderes verabredet worden, von selbst geteilt sind (nomina ipso jure divisa) hat zwar im A.L.R. keine Anerkennung gefunden; aber auch der entgegengesetzte Grundsatz ist als solcher nicht allgemein ausgesprochen, sondern nur in Anwendung auf bestimmte Gemeinschaften zum Ausdrucke gelangt (§ 450, I. 5; § 151, I. 17 A.L.R.). Die Frage, inwieweit das Prinzip der Ungeteiltheit gemeinschaftlicher Forderungsrechte auch andere Gemeinschaften als diejenigen, auf welche sich die § 450, I. 5 und § 151, I. 17 A.L.R. beziehen, beherrscht und die Befugnisse der Beteiligten einschränkt, kann nur nach den Grundsätzen vom gemeinschaftlichen Eigentume überhaupt (Tit. 17 Abschnitt 1 Teil I A.L.R.) beurteilt werden. Die §§ 4 und 10 das. bilden gewissermaßen die Pole, innerhalb deren sich die Befugnisse der Miteigentümer bewegen und zwischen denen ein Ausgleich zu suchen ist. Es steht die freie Disposition über den Anteil dem Einzelnen, hingegen die über das Ganze nur der Gesamtheit der Beteiligten zu. In ersterer Beziehung kann die Möglichkeit, daß eine Disposition über den Anteil in das Verfügungsrecht über die Sache oder das gemeinsame Recht selbst eingreife, bei dem Sacheigentum, wie bei dinglichen Rechten oder solchen Forderungen, deren Gegenstand Handlungen oder nicht fungible Sachen sind, überhaupt nicht entstehen. Denn der Anteil eines Miteigentümers an einer körperlichen Sache oder einem Rechte der vorerwähnten Arten ist, soweit er Gegenstand einer Disposition sein kann, innerlich verschieden von der Sache oder dem gemeinsamen Rechte selbst. Er deckt sich inhaltlich nicht mit dem realen Teile, welcher bei einer Teilung des gemeinschaftlichen Eigentumes, die Teilbarkeit desselben vorausgesetzt, ihm gebühren oder zufallen würde. Anders bei einer Geldforderung. Wer an einer Geldforderung von 1000 Mk. zur Hälfte beteiligt ist, dessen Anteil beträgt 500 Mk. Diese logische Konsequenz kann durch den abstrakten Satz von der Ungeteiltheit gemeinsamer Forderungsrechte nicht beseitigt werden. Was der Einzelne vor der Teilung hatte und was er nach der Teilung hat, deckt sich nach Umfang und Inhalt, nur mit der Maßgabe, daß die aus dem Vorhandensein der Mitberechtigten sich ergebenden Beschränkungen des Einzelnen mit der Teilung weggefallen sind. Wird von der rechtlichen Möglichkeit einer partiellen Tilgung einer gemeinschaftlichen Forderung in der Hand eines Mitberechtigten ausgegangen, so ist im Einzelfalle die Zulässigkeit und Gültigkeit des tilgenden Rechtsaktes nach denselben Grundsätzen zu beurteilen, welche überhaupt für den Ausgleich zwischen dem Individualrechte des Mitberechtigten und den gemeinsamen Rechten maßgebend sind, d. h. der fragliche Rechtsakt darf weder zu Beeinträchtigung der Rechte der übrigen Berechtigten geschehen noch den Verpflichteten in eine nachteiligere Lage bringen. Es kann dahingestellt bleiben, ob demgemäß auch außerhalb der Fälle des § 450, I. 5 und § 151, I. 17 A.L.R. der Verpflichtete der anteilige Leistung begehrenden Klage eines Mitberechtigten den entsprechenden Einwand (plurium litis consortium) entgegensetzen könnte. Hier handelt es sich nur um die Zulässigkeit der Kompensation mit einer von dem Verpflichteten gegenüber einem Mitberechtigten eingeklagten Forderung. Der Verpflichtete der gemeinschaftlichen Forderung ist also der angreifende Teil und es kann von einer Erschwerung seiner Verpflichtung nicht die Rede sein, wenn der auf Zahlung aus einer Gegen-

forderung in Anspruch genommene Mitberechtigte von seinem Teilanspruche zum Zwecke der Aufrechnung Gebrauch macht. Es kommt immer nur darauf an, ob dieser Gebrauch prinzipiell unzulässig oder durch positive Vorschrift ausgeschlossen ist. Das Prinzip, daß gemeinschaftliche Rechte aller Art ungeteilt sind und nur gemeinschaftlich ausgeübt werden können, kann als allgemein anzuwendende Rechtsnorm nicht anerkannt werden; als positive Vorschrift aber kommt im vorliegenden Falle nur § 10, I. 17 A.L.R. in Betracht, durch welche eine anteilsweise Tilgung einer gemeinschaftlichen Geldforderung nicht unbedingt ausgeschlossen wird. Speziell ergiebt sich die rechtliche Möglichkeit der Aufrechnung zwischen einer Einzelforderung und dem Anteile an einer gemeinschaftlichen Forderung aus § 303, I. 16 A.L.R. Gestattet auch diese Vorschrift nicht eine direkte Anwendung auf den umgekehrten Fall, so ergiebt sich doch daraus so viel, daß es in dem Willen des Verpflichteten liegt, die Kompensation gegenüber einem Mitberechtigten eintreten zu lassen, daß insbesondere das Vorhandensein der anderen Mitberechtigten kein Hindernis dafür bietet. Es folgt hieraus weiter, daß auch durch Übereinkommen beider Teile die Kompensation bewirkt werden kann. Ist dies aber der Fall, so hat auch der Verpflichtete, welcher aus einer eigenen Forderung gegen einen Teilhaber an einer gemeinschaftlichen Forderung klagt, kein berechtigtes Interesse, die Legitimation des Beklagten zur Erhebung des Kompensationseinwandes zu bestreiten; denn da er selbst zur Kompensation nach § 303 a. a. O. berechtigt ist, so würden die Mitgläubiger nicht befugt sein, die mit einem von ihnen in Höhe seines Anteiles vollzogene Kompensation dem gemeinschaftlichen Schuldner gegenüber nicht gelten zu lassen, und es würde dieser niemals in die Lage kommen können, die verrechnete Teilforderung nochmals zahlen zu müssen. Es kann also aus § 303 a. a. O. mindestens eine Unterstützung dafür hergeleitet werden, daß außerhalb der Fälle der § 450, I. 5 und § 151, I. 17 A.L.R., auch dem Mitberechtigten einer teilbaren Forderung die Befugnis zusteht, von seinem Anteile zum Zwecke der Kompensation Gebrauch zu machen. Nr. 957. Nr. 461.

Nr. 2498. II. Sen. 21. Oktober 1884. II. 235. 84. Bd. 12, Nr. 88, S. 339.

Vindikation eines Miterben. (Rhein. R.). Solange der Nachlaß ungeteilt ist, können Miterben ein zu demselben gehöriges Grundstück von dem Drittbesitzer, der sein Recht von einem Miterben herleitet, nicht vindizieren. Mehreren Miterben steht an der ihnen zugefallenen Erbschaft, an allen Gegenständen, welche dieselben bilden, gemeinsam ein Miteigentum pro indiviso zu, nicht aber ein Alleineigentum an einzelnen Gegenständen oder an irgend einem bestimmten Teile derselben. Dazu, daß jenes ungeteilte Recht sich in ein individuell bestimmtes Eigentum verwandele, ist die Operation der Teilung erforderlich, welche nach dem Grundsatze des Art. 883 code civil deklaratorisch wirkend die rechtliche Folge hat, daß der einzelne Erbe so betrachtet wird, als habe er die ihm bei der Teilung zugefallenen Gegenstände allein und unmittelbar geerbt, an den übrigen Erbschaftssachen aber niemals ein Eigentum gehabt. Vor der Teilung kann daher der Miterbe weder einen einzelnen Nachlaßgegenstand noch einen bestimmten Teil derselben vindizieren. Wollte man eine solche Vindikation als zulässig erachten, so würde dies dahin führen, daß der Richter dem Kläger das Eigentum einer Sache zuspräche, an welcher diesem, wenn letztere ihm bei der Teilung nicht zufällt, ein Recht niemals zugestanden hat (vergl. Art. 2205 code civil). Eine Klage auf Feststellung des Miteigentums steht hier nicht in Frage. Es stand dem Kläger frei, eine Teilungsklage anzustellen und in dieselbe den Drittbesitzer des fraglichen Grundstücks hereinzuziehen. Nr. 2277. Nr. 2495.

Nr. 2499. III. Sen. 20. Januar 1882. I. 75. 81. Bd. 6, Nr. 48, S. 180.

Actio communi dividundo vor der Erbteilung. (Gem. R.). Das aus dem Miteigentum fließende Recht, auf Teilung der gemeinschaftlichen Sache zu klagen, ist

für Erben, die durch Erbschaft Miteigentümer der einzelnen zur Erbmasse gehörigen Sachen geworden sind, durch keine Gesetzesvorschrift beschränkt, namentlich besteht keine Vorschrift, wodurch die Geltendmachung dieses Rechts von der vorgängigen Erbschaftsteilung abhängig gemacht wäre. Die Vorschriften l. 20 § 4 Dig. fam. erc. 10, l. 44 pr. eod. (vergl. auch l. 34 i. f. Dig. pro soc. 17, 2) stehen nicht entgegen.

Nr. 2500. II. Sen. 23. November 1880. II. 212. 80. Bd. 3, Nr. 94, S. 34

Anfechtung einer Erbteilung bei Verkürzung eines Miterben als Gläubiger (Rhein. R.). Der L.R.S. 887 des badischen L.R. findet im vorliegenden Falle keine Anwendung. Der Beklagte behauptet nicht, in seiner Eigenschaft als Miterbe verkürzt zu sein, sondern als Gläubiger des Nachlasses, weil seine Forderungen nicht in deren vollen Betrage berücksichtigt wurden; dadurch kann er in seinem Erbteil gar nicht verletzt worden sein. Durch Anerkenntnis der Teilung hat der Beklagte thatsächlich auf denjenigen Betrag verzichtet, um welchen seine Forderung gekürzt worden ist. Ein Verzicht kann nicht gleich einer Zahlung oder gleich einem Schuldbekenntnis kondiziert, sondern nur nach Maßgabe der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen angefochten werden, und, wenn dies wegen Irrtumes geschieht, muß solcher thatsächlich begründet werden, was im vorliegenden Falle nicht geschehen ist.

Nr. 2501. II. Sen. 14. Januar 1881. II. 369. 80. Bd. 3, Nr. 95, S. 34

Anerkennung eines unehelichen Kindes. Anfechtung einer Erbteilung. (Rhein. R.) Die Beklagte ist mit Zustimmung ihrer Mutter von deren Ehemanne als seine Tochter anerkannt worden. Diese von beiden Ehegatten erfolgte Anerkennung konnte zwar nach Satz 331 des badischen L.R. eine nachträgliche Legitimation der Tochter nicht bewirken, wohl aber verleiht sie derselben die in Satz 757 des badischen L.R. bestimmten Rechte am Nachlasse beider Eltern. Die Beklagte ist sonach (außerordentliche) Erbfolgerin mit dem Anspruche auf den sechsten Teil des Gesamtnachlasses; sie ist gleich einer Miterbin zu behandeln, also auch zur Erbteilung berufen und zur Forderung ihres Erbteiles im Stücke nach Maßgabe des Satzes 826 des badischen L.R. berechtigt. Der Kläger, ehelicher Sohn der Erblasser, hat mit der Beklagten zur Hälfte geteilt und ficht diese Teilung als nichtig an, weil die Beklagte überhaupt nicht zur Teilung mit ihm berufen gewesen sei. Läge dieser Fall vor, so könnte man der Ansicht beitreten, daß mangels einer Vertragsursache (L.R.S. 1131) eine Teilung gar nicht vorliege, somit hin weder einer Anfechtung wegen wesentlichen Irrtums noch einer condictio indebiti bedürfe, vielmehr diejenigen Rechtsmittel zu ergreifen seien, welche zu ergreifen sind, wenn der andere Teil gar nicht auf Grund der Teilung besitzt. Dem ist der vorliegende Fall nicht gleichzustellen, wenn bei vorhandener Berechtigung an der Nachlaßgemeinschaft dieselbe nur zu einer geringeren als der unterstellten Quote, zu $^1/_6$ statt zu $^1/_2$ gegeben ist. Das nur quantitative Moment ist dem Begriff der Vertragsursache fremd und kann nur die Anfechtung der auf einer Ursache beruhenden Teilung begründen. Dagegen muß der Irrtum über die Quote der Berechtigung der Beklagten hier schon um deswillen als ein wesentlicher gelten, weil der Kläger um $^2/_6$, also um mehr als $^1/_4$ (L.R.S. 887) verkürzt wäre, wenn er die Teilung gegen sich gelten lassen müßte (L.R.S. 1110). Ob die Teilung wegen Mangels der Ursache als nicht geschehen zu betrachten oder ob sie nur wegen Irrtumes anfechtbar sei, ist aber sowohl wegen der Beweislast als auch wegen der Bedeutung eines etwaigen Anerkenntnisses nach entdecktem Irrtum von Erheblichkeit. Ist der Irrtum das Fundament der Klage, so hat der Kläger (L.R.S. 1116a) ihn zu beweisen, und die nach den vorliegenden Umständen für ihn sprechende Vermutung, die der Vorderrichter für den Fall hervorhebt, daß die Klage als condictio indebiti zu betrachten wäre, muß nach der Richtung gewürdigt werden, ob aus ihr die volle richterliche Überzeugung gewonnen werden kann oder ob es

eines Noteides bedürfe. Ein Anerkenntnis könnte der auf L.R.S. 1131 gestützten Klage nicht entgegen gehalten werden, da sich die L.R.S. 1338, 1338a nur auf die Fälle der Anfechtbarkeit beziehen.

Nr. 2502. IV. Sen. 20. Februar 1893. IV. 317. 92. Bd. 31, Nr. 66, S. 292.

Erbteilung. Anfechtung wegen Irrtumes über den Umfang des Nachlasses. (Preuß. R.). Das Reichsgericht hat in einem früheren Urteile, wo behauptet war, daß ein Nachlaßaktivum bei Abschluß des Erbvergleiches übersehen sei, im Anschlusse an mehrere Entscheidungen des ehemaligen preußischen Obertribunals allerdings ausgeführt: „Als Hauptgegenstand einer Erbteilung sei der Nachlaß als solcher, das ist der Inbegriff aller Sachen, Rechte und Verpflichtungen des Erblassers zu betrachten. Ein Irrtum, welcher bezüglich einzelner dem Inbegriff angehörender Objekte stattgefunden habe, könne dagegen nur als ein Irrtum über die Beschaffenheit des der Teilung unterworfenen Nachlasses betrachtet werden und ein solcher Irrtum sei nach § 418, I. 16 A.L.R. in der Regel nicht geeignet, die Anfechtung zu begründen.“ Ob an diesen Grundsätzen in solcher Allgemeinheit festzuhalten ist, kann hier dahingestellt bleiben, da der leitende Gesichtspunkt jener Entscheidung jedenfalls dann nicht zutrifft, wenn die Absicht der Kontrahenten in Wirklichkeit darauf gerichtet war, sich auf Grund eines Verzeichnisses über die spezifizierten Vermögensstücke auseinanderzusetzen (§ 436, I. 16 A.L.R.), und wenn sie dabei in der irrigen Annahme, daß das Verzeichnis den ganzen Nachlaß darstelle, den gesamten Nachlaß als Objekt der Auseinandersetzung bezeichneten. In solchem Falle darf das entscheidende Gewicht nicht auf den irrtümlich angewendeten zu weitgehenden Ausdruck, sondern es muß darauf gelegt werden, was die Kontrahenten als Gegenstand der Auseinandersetzung wirklich im Auge gehabt haben. So liegt die Sache nach der Feststellung des Berufungsrichters auch in dem hier zu entscheidenden Streitfalle. Unerheblich ist dabei, ob sich die Klägerin infolge eines rechtlichen oder thatsächlichen Irrtums über den wahren Umfang der Vermögensmasse, die zwischen den drei Interessenten zur Teilung gebracht werden sollte, in Unkenntnis befunden hat. Die Klägerin, die den Erbvergleich nur über den im Inventar verzeichneten Vermögenskomplex, nicht aber auch bezüglich des darin nicht mit aufgeführten väterlichen Vermögens der Beklagten, das die Beklagte als märkische Ehefrau mit zur Teilung zu bringen verpflichtet war, hat schließen wollen, ist daher vom Berufungsrichter mit Recht für befugt erachtet, von der Beklagten zu verlangen, daß diese in das gelegte Inventar noch das eigene von ihrem Vater vor dem Tode ihres Mannes ererbte Vermögen mit aufnehme und das so berichtigte Inventar durch Ableistung eines der Sachlage entsprechend normierten Offenbarungseides erhärte.

Nr. 2503. IV. Sen. 25. März 1895. IV. 322. 94. Bd. 35, Nr. 56, S. 210.

Anfechtung einer gerichtlichen Nachlaßregulierung. (Preuß. R.) Der Angriff der Revision, daß die hier fragliche Erbteilung nach den Regeln der rechtskräftigen Erkenntnisse und nicht, wie seitens des Berufungsgerichts geschehen, nach den Regeln von Vergleichen zu beurteilen sei, ist begründet. Die Nachlaßregulierung hat vor dem zuständigen Nachlaßrichter stattgefunden und die Entscheidung des Rechtsstreits hängt von der Bedeutung der in einem solchen Verfahren zustande gekommenen Erbteilung ab. Hat diese die Kraft und Gültigkeit einer Privatteilung, so ist sie nach den Regeln von Vergleichen zu beurteilen und wegen Irrtums anzufechten (§§ 123, 111, I. 17; § 417, I. 16 A.L.R.). Ist sie als eine mit Zuziehung des Richters angelegte Teilung anzusehen, so ist sie nach § 111 a. a. O. nach den Regeln der rechtskräftigen Erkenntnisse zu beurteilen und nur wie letztere, nicht aber wegen Irrtums anfechtbar. Die letztgedachte Voraussetzung, daß die in einer gerichtlichen Nachlaßregulierung abgeschlossene Teilung als eine mit Zuziehung des Richters angelegte Teilung anzusehen sei, trifft zu. Nach den Bestimmungen der §§ 8—25, I. 46 A.G.O. ist die Thätigkeit des Nachlaß-

richters wie bei dem judicium duplex des gemeinen Rechts auf die Wahrung der In-
essen aller Beteiligten gerichtet, und aus diesem Grunde hat das Gesetz die unter Z
ziehung des Nachlaßrichters angelegten Teilungen in Ansehung der Kraft und Gült
keit den rechtskräftigen Erkenntnissen gleichgestellt. Aus dem Umstande, daß die For
des Prozeßverfahrens, um die richterliche Entscheidung über die bei der Nachlaßregulier
streitig gebliebenen Punkte herbeizuführen, zu der Zeit, als die Prozeßvorschri
der A.G.O. Geltung hatten, eine andere gewesen ist als nachher infolge der veränder
Prozeßgesetzgebung und Gerichtsverfassung, kann ein Bedenken nicht entnommen werde
Denn für die Beurteilung, ob der Erbrezeß mit Zuziehung des Richters aufgen
worden sei, fällt nicht ins Gewicht, ob eine in der Nachlaßregulierung streitig geworden
Frage durch den Prozeßrichter entschieden worden ist, sondern ob der Nachlaßrich
in der Weise, wie es das Gesetz vorschreibt, die Erbteilung angelegt hat. Die mit de
1. Oktober 1879 in Kraft getretene Gesetzgebung enthält keine Bestimmungen über di
Abänderung der von dem Nachlaßrichter vorzunehmenden Thätigkeit in einer Nachla
regulierung; es ist daher auch jetzt noch eine vor dem Nachlaßrichter im Wege der g
richtlichen Erbauseinandersetzung geschlossene Erbteilung als eine mit Zuziehung de
Richters angelegte anzusehen und deshalb nur wie ein rechtskräftiges Erkenntnis a
zufechten.

Nr. 2504. II. Sen. 10. Mai 1881. II. 284. 81. Bd. 4, Nr. 93, S. 347.

Anfechtung einer Erbteilung. L.R.S. 882, 1167. (Rhein. R.). Nach den vor-
liegenden Umständen ist anzunehmen, daß die bei der Erbteilung zwischen Witwe u
drei Kindern des Erblassers zwischen der Witwe und einem Kinde vereinbarte Abfindu
auch auf die rechtliche Lage der beiden Miterben von solchem Einflusse ist, daß dere
Umstoßung auch in dieser eine Änderung zur Folge haben muß. Ist aber die Ab-
findung und die darauf gebaute Verweisung auf das Verhältnis aller Miterben bez
Gemeinschaftsgenossen (L.R.S. 1476) von Einfluß, so kann sie nicht von der Erbteilun
losgelöst und kann nur nach Maßgabe des L.R.S. 882 angefochten werden. Die An
fechtung mußte auch, weil sie die Auflösung eines zwischen sämtlichen Erben g
schaffenen Verhältnisses bezweckt, gegen alle Teilhaber gerichtet werden. Der Annah
daß die Teilung mit so außerordentlicher Eile stattgefunden habe, daß der Kläger kei
Möglichkeit zur Intervention hatte, steht entgegen, daß sie auf der zu beanstandende
rechtlichen Ansicht beruht, für die Gläubiger sei erst mit Vorbereitung oder Beginn de
Teilung ein Anlaß zur Wahrung gegeben, und daß im gegebenen Falle der Kläg
volle drei Monate hat verstreichen lassen, ohne seine Rechte durch die Erklärung, da
er zu intervenieren beabsichtigte, oder durch Provozierung (L.R.S. 2205) zu sicher
Nr. 2506.

Nr. 2505. II. Sen. 25. Januar 1887. II. 314. 86. Bd. 17, Nr. 71, S. 31

Teilungsanfechtung. Erbschaftsverkauf. (Rhein. R.). Der Konkursverwalter i
berechtigt, eine Teilung wegen Verletzung des Gemeinschuldners über ein Viertel a
Grund der Art. 887 ff. code civil anzufechten, mag man ihn als den Vertreter de
Gläubigerschaft oder des Gemeinschuldners auffassen (§§ 5, 14 K.K.O.). Der Art. 88
a. a. O. setzt nicht voraus, daß durch den Verkauf die Gemeinschaft unter allen Mi
erben aufgehoben werde, er läßt vielmehr auch die Anfechtung eines die Teilung ve
tretenden Aktes zu, wenn er nur zwischen einzelnen Miterben (entre cohéritiers) ab
geschlossen worden ist. Die Bestimmung in Art. 889 a. a. O., daß der Verkauf a
eigene Gefahr des Käufers (à ses risques et périls) abgeschlossen ist, hat nicht den Sin
daß jeder Erbschaftskauf an sich im Zweifel als aleatorisches Geschäft (Art. 1104 co
civil) zu gelten habe, sondern setzt voraus, daß er diesen Charakter dadurch erhalte
habe, daß er ohne eine Berechnung und Schätzung der Aktiven und Passiven des Na
lasses, also über ein Ungewisses als reines Spekulationsgeschäft abgeschlossen worden i

Nr. 2506. II. Sen. 15. Februar 1887. II. 349. 86. Bd. 17, Nr. 72, S. 314.

Erbteilungsanfechtung. (Rhein. R.). Die Bestimmung des Art. 882 code civil, wonach der Gläubiger eines Miterben, welcher von dem Rechte, in die Teilung zu intervenieren, keinen Gebrauch gemacht hat, des Rechts auf Anfechtung der vollzogenen Teilung verlustig erklärt wird, besteht dem Reichsgesetze vom 21. Juli 1879 gegenüber nicht mehr zu Recht. Die allgemeine Regel des Art. 1167 code civil über die Anfechtung benachteiligender Handlungen des Schuldners durch den Gläubiger erleidet bezüglich der Erbteilungen eine Ausnahme, indem die Gläubiger gemäß Art. 882 a. a. O. ihre Rechte durch Intervention wahrnehmen können, bei Unterlassung derselben aber das Anfechtungsrecht verlieren. Nun ist aber das Reichsgesetz über Anfechtung an Stelle der Regel des Art. 1167 a. a. O. getreten, und wenn auch sonst spätere allgemeine Gesetze die für besondere Fälle gegebenen Ausnahmebestimmungen nicht ohne weiteres aufheben, so ergiebt sich doch aus dem Anfechtungsgesetze, daß nach der Absicht des Gesetzgebers die Befugnis der Gläubiger, Rechtshandlungen ihrer Schuldner anzufechten, für ganz Deutschland einheitlich geregelt werden sollte, und diese für die Entscheidung der Frage allein maßgebende Absicht wird in den Motiven deutlich ausgesprochen. Eine Bestätigung dieser Auffassung liegt in § 14 des cit. Gesetzes, wonach es sogar mit rückwirkender Kraft die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vorgenommenen Rechtshandlungen ergreift, sofern sie nicht nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen waren. Nur von einem solchen früheren Falle handelt das Urteil Nr. 2504, welches den Art. 882 code civil als noch maßgebend voraussetzt. Nr. 4087.

Nr. 2507. II. Sen. 23. September 1890. II. 135. 90. Bd. 27, Nr. 80, S. 323.

Anfechtung der Erbteilung durch einen Gläubiger eines Miterben. Deklaratorische Natur der Teilung. Anwendung der Fiktion des Art. 883 code civil auf die Beziehungen zwischen Eheleuten. Verpflichtung des Ehemannes, dem unter Anrechnung seines Anteils an der Mobiliarmasse lediglich Immobilien zugewiesen werden, zu einer an die Gütergemeinschaft zu leistenden Vergütung. (Rhein. R.). Das Oberlandesgericht geht von der Annahme aus, daß der streitige auf Art. 882 code civil gestützte Anfechtungsanspruch lediglich den Nachweis eines rechtlichen Interesses des Klägers voraussetze d. h. den Nachweis, daß bei der Teilung die Rechte der Witwe B., der Schuldnerin des Klägers, durch Irrtümer verletzt seien, und das auf dieser unrichtigen Unterlage beruhende Schuldanerkenntnis der Ersteren gegenüber ihren Kindern des Rechtsgrundes entbehre. Diese Annahme beruht auf einer unrichtigen Gesetzesauffassung. Nach dem Art. 882 a. a. O., der die Stellung des Gläubigers gegenüber einer Erbteilung seines Schuldners regelt, ist derselbe befugt, zur Sicherung seiner Rechte gegen die Vornahme einer solchen ohne seine Zuziehung Einspruch zu erheben, und es steht dann dem Gläubiger gegen eine unter Nichtbeobachtung des Einspruches „au préjudice de l'opposition" vollzogene Teilung das Recht der Anfechtung zu. Dies Anfechtungsrecht hat aber nicht die Bedeutung, daß die Teilung als formell nichtig anzusehen sei und der Gläubiger regelmäßig eine neue Teilung verlangen könne. Andererseits ist es aber auch gesetzlich nicht an die Voraussetzung des Art. 1167 code civil geknüpft und daher in dem Sinne aufzufassen, daß der Gläubiger berechtigt erscheint, eine Teilung, wie sie hier in Frage steht, soweit sie eine Verletzung seiner Rechte enthält, auch ohne den Nachweis einer fraus als ihm gegenüber unwirksam anzufechten. Bezüglich der Frage nun, ob eine Verletzung der Rechte der Witwe B. in dem Teilungsakte zu finden sei, ist den Ausführungen des Oberlandesgerichts nicht beizupflichten. Der Art. 883 code civil, welcher das dem rheinisch-französischen Rechte eigentümliche Prinzip der deklaratorischen Natur der Teilung zum Ausdruck bringt, stellt den Grundsatz auf, daß jeder Miterbe, was das Ergebnis der Teilung angeht, so anzusehen ist, als wenn er der unmittelbare und

alleinige Rechtsnachfolger des Erblassers geworden wäre und an den seinen Miterbe zugefallenen Nachlaßobjekten niemals ein Miteigentum gehabt hätte. Die Anwendu dieser Fiktion des Art. 883 a. a. O. ist aber auf ihr unmittelbares Gebiet, das Ve hältnis unter Miterben zu beschränken und nicht darüber hinaus auf die vermögens rechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten auszudehnen, so daß für die Frage, inwi weit die dem einen Ehegatten eröffnete Erbschaft in die Gütergemeinschaft fällt od Sondergut des Letzteren bildet, nicht das Ergebnis der Teilung entscheidet, sonder gemäß den Bestimmungen der Art. 1401 ff. code civil der Bestand des Nachlasses z Zeit des Anfalles der Erbschaft maßgebend ist. Nr. 2278. Von dieser Auffassung a beruht es auf einer unrichtigen Anwendung der Art. 1401, 1404, 1437 code civil, bis in dem fraglichen Auseinandersetzungsakte zu Lasten der Witwe B., die unbestritt bei der Teilung des elterlichen fast zu gleichen Hälften aus Mobilien und Immobilie bestehenden Nachlasses lediglich Immobilien erhalten hat, während ihr in die Güte gemeinschaft fallender Anteil an der Mobiliarmasse dagegen aufgerechnet worden, ei entsprechende Herausgabe festgestellt und anerkannt worden ist. Ein Bedenke gegen diese Annahme läßt sich auch nicht aus der Bestimmung des Art. 1408 Abs. 1 code civil herleiten. Diese Gesetzesvorschrift ist nicht als ein Ausfluß des Art. 8 a. a. O. anzusehen, hat vielmehr ihre selbständige grundsätzliche Bedeutung. Wen nun Art. 1408 Abs. 1 a. a. O. in Ausnahme von der Regel des Art. 1401 Abs. 3 a. a. O. den erworbenen Anteil dem Sondergute des époux copropriétaire par indivis zuwei unter der Verpflichtung, die Gütergemeinschaft für das aus derselben zu dem Erwerb Aufgewendete zu entschädigen, so beruht diese letztere Bestimmung auf dem Prinzip der Ersatzverbindlichkeit, das in dem Verhältnisse zwischen der Gütergemeinschaft un dem persönlichen Vermögen der Ehegatten gesetzlich besteht (Art. 1437, 1433 code civ.) und in gleicher Weise der Feststellung und dem Anerkenntnisse der Teilungsherausgabe, von der es sich hier handelt, zu Grunde liegt. Unter den obwaltenden Umständen fehlt es an jeder Vermutung einer fraus, wie denn auch vom Kläger nicht näher geltend gemacht ist, daß das Schuldanerkenntnis in der Absicht, die Gläubiger zu benachteilige gemacht sei. Wäre der Kläger selbst zu den Teilungsverhandlungen zugezogen worden so hätte er doch dem Anerkenntnisse einen wirksamen Widerspruch nicht entgegensetze können, und daraus folgt, daß durch die Nichtzuziehung seinem Rechte nicht präjudizie ist. Die Voraussetzungen des Art. 882 a. a. O., auf den sich die Anfechtung stütz liegen daher hier nicht vor.

Nr. 2508. II. Sen. 2. November 1894. II. 208. 94. Bd. 34, Nr. 84, S. 33.

Klage des Gläubigers eines Miterben auf Teilung eines Immobiliarnachlasses. Einreden aus der Person des Schuldners. (Rhein. R.). Das Oberlandesgericht ha auf Grund der Beweisaufnahme festgestellt, daß durch eine am 19. November 18.. dem Begräbnistage der Erblasserin der Beklagten, unter ihren sämtlichen Erben ge troffene Vereinbarung das zum Nachlasse gehörige Haus, bezüglich dessen der von dem Kläger als Gläubiger der mitbeteiligten Ehefrau H. erhobene Teilungsanspruch durch das angefochtene Teilurteil zurückgewiesen ist, zum Zwecke der Teilung an eine der Mitbeteiligten, die Witwe P., zum Preise von 21600 Mk., zahlbar an die einzelnen Beteiligten mit je 3600 Mk., übertragen worden ist. Wenn nun auch durch den is festgestellten Vertrag das Eigentum des fraglichen Hauses zufolge § 1 des rhein preußischen Gesetzes vom 20. Mai 1885 auch im Verhältnisse der Vertragschließenden untereinander nicht auf die Witwe P. übergegangen ist, es vielmehr auch zur Zeit noch zu der Erbgemeinschaft der Beklagten gehört, so ist dennoch der auf dasselbe gerichtete Teilungsanspruch des Klägers vom Oberlandesgericht mit Recht als unbegründet erachtet. Indem nämlich der Kläger auf Grund des Art. 2205 code civil die Teilung des Nachlasses der Witwe D. bezüglich des zu ihm gehörigen Hauses im gerichtlichen Wege beantragt, macht er nicht, wie die Revision behauptet, eigene Rechte, sondern

solche seiner Schuldnerin geltend. Der Art. 2205 enthält insoweit lediglich die Anwendung des Grundsatzes des Art. 1166 code civil auf Teilungen von Grundstücken. Der Schwerpunkt seiner Bestimmungen liegt in dem Verbote der Zwangsvollstreckung in den Anteil eines Miterben an den Immobilien der Erbschaft, während auf die Befugnis des Gläubigers, die Teilung zu beantragen, mehr nebenbei hingewiesen, als dieselbe geschaffen wird. Erwägt man weiter, daß der Art. 2205 für die Teilung des Mobiliarnachlasses überhaupt keine Bestimmungen trifft, insoweit daher bezüglich des Rechts der Gläubiger, die Teilung zu beantragen, unter allen Umständen auf den Art. 1166 zurückgegangen werden muß, daß auch ein gesetzgeberischer Grund zu einer solchen Abweichung für die Teilung von Erbschaftsimmobilien, wie die Revision sie behauptet, nicht ersichtlich ist, so muß als ausgeschlossen gelten, daß das Gesetz rücksichtlich dieser Teilungen dem Gläubiger eine andere als die im Art. 1166 code civil vorgesehene rechtliche Stellung habe geben wollen. Da sonach der Kläger lediglich in den Rechten seiner Schuldnerin die Teilungsklage auch bezüglich des zur Nachlaßmasse gehörigen Hauses erheben konnte, so stehen ihm auch die Einreden entgegen, welche dem von dieser selbst erhobenen Teilungsanspruch entgegengesetzt werden können, und einer von dieser angestellten Teilungsklage würde das vom Oberlandesgericht festgestellte Abkommen auch mit seiner lediglich obligatorischen Wirkung entgegenstehen. Indem sie danach verpflichtet ist, durch rechtswirksame Übertragung ihres Eigentumsanteils an dem Hause auf die Witwe P. das Abkommen zu erfüllen, kann sie diesen Anteil nicht mehr für sich in Anspruch nehmen und folgeweise auch nicht mehr auf anderweitige Teilung des Hauses antragen.

Nr. 2509. III. Sen. 2. Mai 1884. III. 19. 84. Bd. 11, Nr. 51, S. 245.

Kollation. Beginn der Verzinsung des Vorempfanges. l. 5 § 1 Dig. de collat. 37, 6. (Gem. R.). Der kollationspflichtige Miterbe ist erst mit dem Erbschaftsantritte zur Einwerfung des Vorempfanges verbunden und hat dasjenige, was er vom Erblasser durch Verfügung unter Lebenden im voraus erhielt, zufolge der Anordnung des Erblassers als sein Eigentum im Besitz. Damit ist seine Verpflichtung zur Einwerfung von Zinsen und Nutzungen, die er bis zum Tode des Erblassers bezogen hat, in die Masse stets ausgeschlossen. Was aber die Frage betrifft, wann nach dem Tode des Erblassers die Verbindlichkeit zur Verzinsung des Vorempfanges anfange, so kommt im vorliegenden Falle in Betracht, daß die Beklagten Wertskollation verlangt und nicht zu behaupten vermocht haben, daß die Wertpapiere, aus denen die Mitgift der Klägerin bestanden hat, noch in Natur vorhanden seien. Bei solcher Sachlage führt ausschließlich der wirkliche durch Interpellation (hier durch Zustellung der Klagbeantwortung) begründete Verzug des Kollationspflichtigen dessen Zinsverbindlichkeit herbei, und es ist für diese weder der Erbschaftsanfall noch der Erbschaftsantritt oder die Erbteilung entscheidend. In l. 5 § 1 Dig. de collat. 37, 6 ist die Mora als Voraussetzung der Zinspflicht aufgestellt, nicht aber die Fälligkeit der Kollationspflicht überhaupt als ein selbständiger Fall des Eintrittes des Verzuges anerkannt.

Nr. 2510. IV. Sen. 8. Dezember 1884. IV. 226. 84. Bd. 12, Nr. 72, S. 294.

Kollationspflicht bei der letztwilligen Erbfolge. (Preuß. R.). Die Frage, ob die Kollation bei der testamentarischen Erbfolge überhaupt stattfindet, ist eine streitige; sie ist aber zu bejahen. Im preußischen A.L.R. ist die testamentarische Erbfolge als Ausnahme aufgestellt, so daß es bei der gesetzlichen Erbfolge verbleibt nicht allein, wenn die Eltern eine Abweichung von derselben überhaupt nicht bestimmt (kein Testament errichtet) haben, sondern auch soweit sie eine Abweichung letztwillig nicht angeordnet haben (§ 378, II. 2 A.L.R.). Die §§ 384, 385, 386, II. 2 A.L.R. weisen darauf hin, daß, soweit die Eltern besondere Anordnungen nicht treffen, die Vorschriften über die Kollationspflicht der durch das Gesetz zur Erbfolge berufenen Abkömmlinge zur An-

wendung kommen sollen. Die Bestimmung des § 390 a. a. O. ist vorzugsweise für die Kollation gegeben; sie soll sowohl zur Auslegung als auch zur Ergänzung des letzten Willens dienen. Daraus, daß ein Testament sich als letzter Wille darstellt, läßt sich nicht folgern, daß der Testator, indem er die Kollation bestimmter Beträge anordnet, damit die Kollation von kollationsfähigen Zuwendungen ausschließen will, welche vor Errichtung des Testaments gemacht sind.

Nr. 2511. IV. Sen. 21. Januar 1889. IV. 277. 88. Bd. 23, Nr. 63, S. 2..

Ausgleichungspflicht der Abkömmlinge. Form der dieselbe beschränkenden oder erlassenden Anordnungen der Eltern. (Preuß. R.). Da zwischen dem Erblasser und seiner noch lebenden Ehefrau Gütergemeinschaft bestanden hat und von den Beklagten nicht behauptet ist, daß die Eheleute Sondervermögen gehabt haben und daß die Ausstattung ganz oder zum Teil aus dem Sondervermögen des einen oder des anderen der Eheleute gegeben sei, so muß die den Beklagten (den Kindern) gegebene Ausstattung als der den beiden Eheleuten gehörig gewesenen gütergemeinschaftlichen Vermögensmasse entnommen angesehen werden. Das gütergemeinschaftliche Vermögen aber schließt seiner rechtlichen Natur nach, solange die Ehe besteht, die Annahme einer Teilung nach Quoten in der Art, daß jedem der Eheleute die Hälfte davon gehöre, aus. Wird also die Ausstattung aus dem gemeinschaftlichen Vermögen gegeben, so hat dies, da mit der Auflösung der Ehe durch den Tod die Gütergemeinschaft aufhört und dem überlebenden Ehegatten von da ab die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens gehört (§§ 634, 6.. II. 1 A.L.R.) die Wirkung, daß das gemeinschaftliche Vermögen zwar um den ganzen Betrag der gegebenen Ausstattungen geringer geworden ist, die Ausgleichung aber unter den zur Erbschaft des verstorbenen Ehegatten berufenen Abkömmlingen, welche die andere Hälfte des beim Tode des verstorbenen Ehegatten vorhandenen gemeinschaftlichen Vermögens zu teilen haben, zum vollen Betrage der zur Ausgleichung zu bringenden Zuwendungen zu erfolgen hat. Dies führt dahin, daß eine von gütergemeinschaftlichen Eheleuten gegebene Ausstattung schon bei der nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten erfolgenden Auseinandersetzung zum vollen Betrage auf den Erbteil des ausgestatteten Kindes in Anrechnung zu bringen ist. Auch im vorliegenden Falle, wo die Kläger Abkömmlinge des verstorbenen Parens aus dessen erster Ehe sind, die beklagte Ehefrau aber zu den Kindern aus dessen zweiter Ehe gehört, kann eine vollständige Ausgleichung der Kinder beider Ehen gegenüber der Erbschaft des jetzt verstorbenen Parens der Parteien nur erreicht werden, wenn die den Kindern gegebenen Ausstattungen vollständig zur Ausgleichung gestellt werden. Denn von dem künftigen Nachlasse der überlebenden Ehefrau als der zweiten Ehefrau des gemeinschaftlichen Parens der Parteien steht den Klägern als den Abkömmlingen erster Ehe des verstorbenen Parens ein Erbrecht nicht zu. Sie würden also, wenn ihr Ausgleichungsanspruch bei der gegenwärtigen Erbteilung nicht zu vollständiger Befriedigung gelangte, denselben später bei der dereinstigen Teilung des Nachlasses der zweiten Ehefrau ihres Parens geltend zu machen nicht mehr in der Lage sein. — Das Gesetz steht indessen dem geltend gemachten Ausgleichungsanspruche nur so weit zur Seite, als nicht abweichende wirksame Anordnungen der Eltern der Beklagten vorliegen. Dazu bedarf es nicht der Testamentsform oder der für letztwillige Verfügungen der Eltern zu Gunsten der Kinder vorgeschriebenen Form. Wenn ein Parens einer Zuwendung, die an sich eine Ausgleichungspflicht des Kindes nicht begründen würde, die Auflage beifügt, daß die Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen sei, so entscheidet der bei der Zuwendung geäußerte Zuwendungswille über die Ausgleichungspflicht, auch wenn er formlos erklärt ist. Das Kind kann solchergestalt die Zuwendung nicht anders haben und behalten als mit der Ausgleichungspflicht. Eine Befugnis der Kinder, dem Zuwendungswillen zu widersprechen, findet zwar in dem durch § 338, II. 2 A.L.R. vorgesehenen Falle statt, in welchem bei einer der Ausgleichungspflicht unterliegenden Zuwendung der Wert allzu niedrig bestimmt ist, so daß

er hinter dem wahren Werte um mehr als die Hälfte zurückbleibt. In diesem Falle wird den übrigen Kindern die Befugnis gegeben, Erhöhung des zur Ausgleichung zu stellenden Betrages der Zuwendung bis zur Hälfte des Wertes zu fordern. Allein es handelt sich hier um eine Ausnahmebestimmung, aus welcher für die rechtliche Natur einer über die Ausgleichungspflicht bei der Zuwendung selbst getroffenen Vereinbarung ein Schluß nicht gezogen werden kann.

Nr. 2512. II. Sen. 29. Februar 1884. II. 386. 83. Bd. 11, Nr. 88, S. 360.

Unentgeltliche Gewährung einer Wohnung als Grund eines Kollationsanspruches. Art. 843, 852, 856 code civil. (Rhein. R.). Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum angenommen, daß die unentgeltliche Einräumung einer Wohnung, wie sie die Klägerin seit ihrer Verheiratung im elterlichen Hause inne gehabt hat, einen Kollationsanspruch nicht begründet. Die Gesetzesvorschrift in Art. 852 code civil beruht auf dem legislatorischen Gedanken, daß mäßige den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Liberalitäten, welche Ausflüsse des Wohlwollens oder der Zuneigung desselben sind, in vielen Fällen durch Sitte und Herkommen bedingt werden, nach dem vermutlichen Willen als dem Rückbringen nicht unterliegend anzusehen sind. Liberalitäten, welche den Stock des Vermögens nicht berühren und nur in einer Zuwendung von Nutzungen desselben bestehen, sind dem Rückbringen nicht unterworfen.

Nr. 2513. II. Sen. 26. Juni 1888. II. 133. 88. Bd. 21, Nr. 60, S. 321.

Einwerfung der Vorteile aus einem mit dem Erblasser formlos eingegangenen Gesellschaftsvertrage seitens des Erben. (Rhein. R.). Allerdings schließt sich Art. 854 code civil an den Art. 853 an, welcher ausspricht, daß nicht etwa jeder thatsächlich aus einem Vertrage eines Erben mit dem Erblasser für den Erben erwachsene Gewinn in die Erbmasse einzuwerfen sei. Allein Art. 854 enthält nicht etwa lediglich eine Wiederholung dieses Satzes für das Gebiet der Gesellschaftsverträge zwischen einem Erben und dem Erblasser, sondern er fügt weiter rücksichtlich der äußeren Form des Gesellschaftsvertrages die Beschränkung bei, daß die Bedingungen des Gesellschaftsvertrages durch eine öffentliche Urkunde geregelt sein müßten. Durch diesen Beisatz ist daher andererseits zum Ausdrucke gebracht, daß, wenn die Bedingungen des Gesellschaftsvertrages nicht durch eine öffentliche Urkunde geregelt sind, die Vorteile aus einem Gesellschaftsvertrage zwischen einem Erben und dem Erblasser von dem Erben ohne Weiteres, also auch ohne den Nachweis einer Liberalitätshandlung eingeworfen werden müssen.

Nr. 2514. II. Sen. 22. Juni 1886. II. 54. 86. Bd. 16, Nr. 65, S. 275.

Einwerfung. Verschleierte Schenkung. (Rhein. R.) Nach der Feststellung des Berufungsgerichts haben die dem S. in seinem Ehevertrage vom Erblasser zum Gesamtpreise von 7600 Mk. übergebenen Liegenschaften zur Zeit des Ehevertrages und der Schätzung einen Mehrwert von 3400 Mk. über den Übergabepreis gehabt, und das Berufungsgericht hat angenommen, daß in Höhe des ermittelten Mehrwertes eine (mittelbare) der Form der Schenkung (L.R.S. 931) nicht bedürftige Freigebigkeit beabsichtigt und zum Vollzuge gekommen ist. Nach dieser Feststellung liegt nun zwar für den Betrag von 3400 Mk. eine verschleeirte Schenkung vor, da unter einer solchen eine unter Lebenden in der Absicht der Freigebigkeit erfolgende Zuwendung zu verstehen ist, welche in die Form eines belasteten Vertrages eingekleidet ist. Dagegen hat das Berufungsgericht gleichwohl mit seiner weiteren (näher begründeten) Annahme, ein Grund, diese mittelbare Schenkung von der Einwerfung nach L.R.S. 843 auszunehmen, liege nicht vor, das Gesetz nicht verletzt. Auch bezüglich verschleierter Schenkungen gelten hinsichtlich der Befreiung von der Einwerfung die Normen des L.R.S. 843 wie bei nicht verschleierten Schenkungen, und es hat daher der Richter im

einzelnen Falle nach der Sachlage zu prüfen, ob eine Befreiung von der Einwerfung vorliege. Im vorliegenden Falle hat das Berufungsgericht unangreifbar festgestellt, daß ein Wille des Erblassers, den Beschenkten von der Einwerfung zu befreien, nicht erkennbar ist.

Nr. 2515. II. Sen. 18. März 1887. II. 360. 86. Bd. 18, Nr. 68, S. 321.

Einwerfung. Art. 918 code civil. (Rhein. R.). Der Art. 918 code civil enthält die doppelte Anomalie, daß er einen onerosen Vertrag kraft gesetzlicher Vermutung zu einer Schenkung stempelt, und sodann, daß diese Schenkung, abweichend von der Vorschrift des Art. 843 a. E., als vom Rückbringen befreit gilt, ist daher auf das engste auszulegen, wenn es sich um seine Anwendung handelt. In dem Kaufakte, der hier in Betracht kommt, ist „die Benutzung des verkauften Hauses zur eigenen Wohnung" für die Lebensdauer der Eheleute K. vorbehalten. Es steht hier also ein Wohnungsrecht in Frage. Das Recht des Nießbrauches, Art. 587 ff. code civil, und das Wohnungsrecht, Art. 632 ff. a. a. O., sind aber ihrem Begriffe und Umfange nach wesentlich verschieden, so daß im Sinne des Art. 918 a. a. O. eine Veräußerung mit Vorbehalt eines Wohnungsrechts grundsätzlich nicht mit einer Veräußerung unter Vorbehalt des Nießbrauches gleichgestellt werden kann.

Nr. 2516. III. Sen. 22. Februar 1895. III. 297. 94. Bd. 35, Nr. 30, S. 132.

Erfordernisse einer divisio parentum inter liberos. (Gem. R.). Die in Münsterscher allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Eheleute H. errichteten am 18. Mai 1874 eine Urkunde, in deren erstem Teile sie, falls ihre beiden Kinder vor ihnen sterben würden, sich gegenseitig zu Erben einsetzten, in dem zweiten Teile aber bestimmten: „Würden jedoch wir vor unseren Kinder oder vor Errichtung einer anderweiten Disposition über unser Vermögen versterben, so bestimmen wir in betreff unseres gesamten Vermögens, daß unser Sohn J. H. unsere Wohnung nebst Scheune mit allen dazu gehörenden Immobilien, Mobilien und Moventien, mit Lusten und Lasten, Schulden und Forderungen haben und behalten soll und ihm solches von uns hiermit zum Eigentum übertragen sein soll, jedoch mit der Verpflichtung, an seine Schwester A., die bei ihrer Verheiratung eine Ausrüstung zum Werte von 1500 Gulden erhalten hat, annoch zum Kindesteil und gegen Abstand von ihrer elterlichen Wohnung und Gütern auszukehren die Summe von 1000 Thalern Courant." Diese von anderer Hand geschriebene Urkunde ist von dem Ehemanne H. unterkreuzt, von der Ehefrau H. unterschrieben, Beides notariell beglaubigt. Noch im Jahre 1874 starb der Ehemann H., nach ihm die Tochter A. am 30. Januar 1881 mit Hinterlassung von zwei Töchtern, der jetzigen Klägerin Th. und der demnächst im Jahre 1882 verstorbenen G. Inzwischen hatte die Wittwe H. am 23. August 1881 ein Testament errichtet, worin sie ihren Sohn J. H. als Universalerben mit der Verpflichtung einsetzte, den Kindern ihrer Tochter A. als Erbteil, der Th. 2000 Mk., der G. 4500 Mk. und einige Sachen herauszugeben. Darauf starb G. und nach ihr am 18. Oktober 1883 die Testatrix Witwe H., und nach dieser im Jahre 1884 ihr Sohn J. H., dessen Witwe seine Erbin wurde; sie und ihr zweiter Ehemann sind die jetzigen Beklagten. Die Klägerin, die von den Beklagten bereits 2000 Mk. erhalten hat, hält die gemeinschaftliche Verfügung vom 18. Mai 1874 und auch das Testament der Witwe H. für ungültig und hat in der erhobenen Klage als Miterbin die Vorlegung eines eidlich zu erhärtenden Inventars über den Nachlaß der Eheleute H. und die Herausgabe der Hälfte, eventuell eines Drittels, des Nachlasses gefordert. Nachdem in erster Instanz die Klage abgewiesen war, hat das Berufungsgericht im wesentlichen nach dem Klagantrage erkannt. Die Revision der Beklagten ist für begründet erachtet. Das Berufungsgericht findet in dem wörtlich mitgeteilten zweiten Teile der gemeinschaftlichen Verfügung vom 18. März 1874 ein testamentum parentum inter liberos und begründet dies damit, daß die Di-

position Bestimmungen treffe, wie sie nur in einem Testament getroffen werden könnten, da sie die Verfügung über den ganzen Nachlaß und eine Erbeinsetzung enthalte, möge man den Sohn als zum alleinigen Erben eingesetzt, die Tochter als Legatarin oder beide als Erben und dann die Tochter als heres ex re certa ansehen. Bei seiner späteren Ausführung, daß die Disposition nicht als divisio parentum angesehen werden könne, fügt es noch hinzu, man könne nicht sagen, daß Intestaterbfolge gewollt sei; vielmehr könne die Verfügung nur dahin aufgefaßt werden, daß die Eheleute H. die Universalsuccession in ihrem Nachlaß hätten regeln und, sei es beide Kinder, sei es den Sohn allein, hätten zu Erben einsetzen wollen. Diese Auslegung beruht nur auf dem einen Grunde, daß die Disposition Verfügungen über den ganzen Nachlaß enthalte; die daraus gezogene Folgerung ist rechtsirrtümlich, da auch die divisio parentum sämtliche zum Nachlasse gehörige Gegenstände verteilen und dies in der Weise vornehmen kann, daß alle dem einen Kinde zugeteilt werden gegen Herauszahlung einer Geldentschädigung an das andere; nur die Zuteilung von Vermögensquoten ist ausgeschlossen. Im übrigen sind vom Berufungsgericht dafür, daß eine Erbeinsetzung vorliege, Gründe nicht gegeben, obwohl das Wort „Erbe" in der Verfügung sich nicht findet, vielmehr der Ausdruck, daß die Tochter A. außer dem schon Erhaltenen noch 3000 Mk. zum Kindesteil haben sollte, gegen eine Erbeinsetzung spricht und letztwillige Verfügungen im Zweifel so auszulegen sind, daß der Wille des Erblassers möglichst aufrecht erhalten wird. Einer Wiederholung der Prüfung und Auslegung bedarf es jedoch nicht, da auch die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts nicht frei von Rechtsirrtum sind. Allerdings würde ein testamentum parentum inter liberos, wenn es vorläge, ungültig sein, aber es ist nach c. 26 Cod. fam. erc. 3, 36 als divisio parentum aufrecht zu erhalten. Die vom Berufungsgericht dagegen erhobenen Bedenken sind nicht begründet. Nach c. 26 Cod. cit. sollen, wenn das Ascendententestament, in dem nur Descendenten eingesetzt sind, wegen Formmangels ungültig ist, trotzdem seine materiellen Bestimmungen befolgt werden, ohne daß irgend eine Form vorgeschrieben ist. Diese von Konstantin herrührende Bestimmung hatte ursprünglich wohl die Bedeutung, daß solche Ascendententestamente ohne Weiteres als Kodizille aufrecht erhalten werden sollten. In Justinians Gesetzgebung ist zwar allgemein anerkannt, daß die Kodizille fünf Zeugen erfordern; wenn aber trotzdem die c. 26 so, wie geschehen, aufgenommen wurde, so kann darin nur eine auch die Kodizillarform erlassende und materiell die Wirksamkeit erleichternde Vorschrift gefunden werden. Nun haben zwar die Nov. 18 c. 7 und Nov. 107 c. 3 die Formlosigkeit beseitigt und auch für die divisio parentum Minimalformen vorgeschrieben; es fehlt aber an jedem zwingenden Grunde, diese insoweit die c. 26 abändernde Formvorschrift dahin auszudehnen, daß damit auch die materielle Erleichterung beseitigt wird; es sollte ohne Weiteres die Aufrechterhaltung in der leichteren Form, falls diese gewahrt ist, erfolgen. Man mag dann Zweifel hegen, wenn Bedenken vorliegen, ob die Verfügung überhaupt ernstlich beabsichtigt und nach dem Willen des Erblassers beendet ist; aber solche Bedenken können hier nicht entstehen. Ohne Bedeutung für die Entscheidung ist, ob man die divisio parentum selbst als ein privilegiertes Kodizill auffaßt oder noch daneben besondere die Formen des privilegierten Testamentes erfordernde codicilli parentum inter liberos annimmt; jedenfalls liegt kein Grund vor, die nach c. 26 a. a. O. gerechtfertigte Konversion zu unterlassen, falls die in Nov. 107 c. 3 vorgeschriebenen Formen gewahrt sind und der Inhalt als Verteilung des Nachlasses, nicht als Bestimmung von Erbquoten aufgefaßt werden kann. Die Nov. 107 erfordert zur Gültigkeit der divisio parentum Unterschrift. Daß dieser die Unterkreuzung des Erblassers F. gleich stehe, ist allerdings nicht zweifellos, muß aber in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht angenommen werden. Es handelt sich zwar um eine Formvorschrift, und daß Justinian bei letztwilligen Verfügungen das Unterkreuzen der Unterschrift nicht unbedingt gleich achtet, ergiebt sich schon daraus, daß in solchem Falle das regelmäßige

Privattestament die Zuziehung eines octavus subscriptor erfordert. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß die divisio parentum im übrigen ganz formlos ist, daher die Annahme nahe liegt, daß die Unterschrift nur die Ernstlichkeit des Willens sichern sollte, sowie daß hier im Falle der Schreibensunfähigkeit ein Ersatz für die Unterschrift, etwa die Zuziehung eines subscriptor, nicht genannt ist. Im vorliegenden Falle war nun der Erblasser H. nicht schreibensunkundig, sondern konnte nach seiner dem Notar abgegebenen Erklärung nur wegen Bebens der Hände nicht schreiben. Es liegt also kein Grund vor, zu bezweifeln, daß er den Inhalt der Urkunde gekannt habe. Die Echtheit der Unterkreuzung wird aber durch die notarielle Beglaubigung festgestellt. Daß die Unterkreuzung wenigstens in solchen Fällen genüge, ist um so mehr anzunehmen, als sonst solche Personen eine divisio parentum überhaupt nicht errichten könnten, da die Zuziehung eines subscriptor im Gesetze nicht zugelassen, also dessen Unterschrift gleichwertig zu halten bedenklich ist.

Nr. 2517. IV. Sen. 7. Juli 1890. IV. 81. 90. Bd. 26, Nr. 63, S. 327.

Elterliche Teilungsanordnung. Zulässigkeit neben einem förmlichen Testamente. Bestimmung der Erbteilungsquoten abweichend vom Gesetze oder dem förmlichen Testamente. §§ 380ᵃ ff., II. 2 A.L.R. (Preuß. R.). Ohne Rechtsirrtum haben die Vorderrichter den von dem Erblasser zu dem mit seiner Ehefrau geschlossenen Erbvertrage gemäß dem in diesem enthaltenen Vorbehalte außergerichtlich errichteten eigenhändig ge- und unterschriebenen Nachtrag seinem Inhalte entsprechend als eine Teilungsanordnung (dispositio parentum inter liberos) im Sinne der §§ 380ᵃ ff., II. 2 A.L.R. bezeichnet. Die von der Beklagten geltend gemachte Auffassung, daß eine solche nur neben der Intestaterbfolge und nicht neben einem förmlichen Testamente zulässig sei, wird durch § 415, II. 2 A.L.R. widerlegt, wonach die in einem Testamente geschehene Enterbung eines Kindes durch eine den Erfordernissen der §§ 380 ff. a. a. O. genügende Verordnung widerrufen werden kann. Vergl. auch § 588, I. 12 A.L.R. Der fragliche Nachtrag genügt der Formvorschrift des § 380ᵃ a. a. O. Gleichwohl behauptet die Beklagte die Ungültigkeit der in Bezug auf sie getroffenen Bestimmung, weil in einer derartigen privilegierten Disposition die Erbteilungs*quoten* nicht geändert werden dürften. Dieser Einwand ist nicht begründet. Die §§ 383, 431, II. 2 A.L.R. sprechen von einer „privilegierten Disposition unter Kindern" und stellen sie neben die „*wirklichen Testamente*", § 415 a. a. O. bezeichnet sie als „letztwillige Verordnung unter den Kindern". Die einzigen vom Gesetze für sie aufgerichteten Schranken sind die, daß durch sie den Descendenten auch beim Vorhandensein gesetzlicher Enterbungsgründe nicht der *Pflichtteil* ganz oder teilweise entzogen und in ihnen nicht etwas zu Gunsten Dritter verfügt werden darf (§§ 379, 391, 431, 381 a. a. O.). Schon hierdurch scheint klar ausgesprochen, daß eine ungleiche Bestimmung der *Erbteile* der Kinder nicht unstatthaft ist, und dies wird denn auch durch § 383 das. außer Zweifel gesetzt. Das Wort „Grundsätze" in § 380 a. a. O. umfaßt auch die Bestimmung der *Anteile* (Quoten) der Kinder an dem Nachlasse als der vornehmlichsten *Grundlage* der reellen Teilung (vergl. §§ 3, 8, I. 46 A.G.O.). Es ist demgemäß auch zulässig, in einer privilegierten elterlichen Disposition ein Kind zum Universalerben zu ernennen und den anderen Kindern nur bestimmte Sachen oder Summen auszusetzen.

Nr. 2518. III. Sen. 13. Februar 1883. III. 402. 82. Bd. 8, Nr. 41, S. 161.

Offenbarungseid der Miterben. (Gem. R.). Sind die übrigen Voraussetzungen des Eides erfüllt, so muß man nicht bloß dem seinen Erbteil verlangenden Miterben, sondern auch dem seinen Pflichtteil oder dessen Ergänzung fordernden Noterben den Rechtsbehelf des Offenbarungseides gestatten. Der Offenbarungseid kann von dem Miterben gefordert werden, wenn er sich im Besitze des Nachlasses befindet oder in einem solchen Verhältnisse zu dem Erblasser und seinem Vermögen gestanden hat, daß

ihm leichte Gelegenheit gegeben war, Gegenstände des Nachlasses zu beseitigen. Dies Erfordernis ist aber streng auszulegen und dementsprechend auf häusliche Gemeinschaft und analoge Verhältnisse zu beschränken. Vergl. c. ult. § 10 Cod. de jur. del. 6, 30. Nr. 2356. Nr. 2562. Nr. 2541.

---

§ 97.

Testament.

B.G.B. §§ 2064—2273.

I. 1753—1939. II. 1937—2140. III. 2039—2237. M. V. 6—309. D. 283—297. E.G. Art. 24, 44, 86, 149—151, 214, 215. Windscheid III. §§ 538—568. Stobbe V. §§ 300—304, 306—309. Dernburg III. §§ 102—173, 182—184.

Allgemeine Vorschriften.

Nr. 2519. II. Sen. 1. Juli 1887. II. 79. 87. Bd. 19, Nr. 71, S. 373.

Vermächtnis alles desjenigen, „worüber er gesetzlich zu verfügen befugt ist", seitens eines Ehegatten zu Gunsten des anderen. Art. 1094 Abs. 2 code civil. (Rhein. R.). Der Wortlaut des Gesetzes (Art. 1094 Abs. 2 code civil) ergiebt, daß es in der Befugnis des Testators steht, zu bestimmen, ob die eine oder die andere Art der Zuwendung (ob ein Viertel Eigentum und ein Viertel Nießbrauch oder der halbe Nießbrauch) Platz greifen soll. Es kann sich daher lediglich fragen, was in dieser Beziehung der Testator hat bestimmen wollen und bestimmt hat. Es ist daher Sache der dem Richter gebührenden Auslegung, festzustellen, ob der Testator mit der allgemeinen Ausdrucksweise das Eine oder das Andere gewollt oder ob er etwa das Wahlrecht der Vermächtnisnehmerin hat überlassen wollen. Insoweit kann dem Urteile, welches angenommen hat, daß der Testator ein Viertel Eigentum und ein Viertel Nießbrauch habe übertragen wollen, eine Verletzung des cit. Artikels nicht vorgeworfen werden.

Nr. 2520. II. Sen. 13. Mai 1890. II. 70. 90. Bd. 26, Nr. 69, S. 355.

Auslegung eines Testaments. Substitution zu Gunsten der Nachkommen. Art. 896, 1048 code civil. (Rhein. R.). Die in Art. 1157 code civil für Verträge aufgestellte Auslegungsregel findet auch auf die Auslegung letztwilliger Verfügungen Anwendung. Das Gesetz erkennt in Art. 1023 code civil die Richtigkeit dieses Satzes ausdrücklich an. Eine Verletzung dieser Regel kann im vorliegenden Falle nicht in der Feststellung gefunden werden, daß nach der Absicht des Erblassers eine Verfügung im Sinne des Art. 1048 a. a. O. überhaupt nicht habe getroffen werden sollen. Allerdings kann unter dem im Testamente gewählten Ausdrucke „Nachkommen" sowohl die Nachkommenschaft ohne Unterschied des Grades als auch die unmittelbare Nachkommenschaft der Kinder verstanden werden, zu deren Gunsten das Gesetz die Substitution gestattet. Bei Erforschung der allein entscheidenden Absicht des Testators beschränkt sich aber der Berufungsrichter nicht auf den Wortlaut der Verfügung, sondern er prüft die Familien- und Vermögensverhältnisse des Erblassers sowie die Beziehungen, in denen er zu seinen Kindern gestanden hat, und gelangt zu der Annahme, daß der Erblasser den verfügbaren Teil seines Vermögens nicht bloß seinen Enkeln hat zuwenden wollen, sondern daß er seine ganze Nachkommenschaft, Kindes- und Enkelkinder bis in die entferntesten Grade einzusetzen beabsichtigt und dabei eine Art Familienfideikommiß im Sinne der (für die preußische Rheinprovinz erlassenen) Kabinetsordre vom 25. Februar 1826 im Auge gehabt hat. Diese den Umständen entnommene Feststellung der Absicht des Erblassers

entzieht sich der Nachprüfung des Revisionsgerichts. — Der Art. 1048 code civil stellt sich als eine Ausnahme von dem in Art. 896 a. a. O. allgemein aufgestellten Verbote der Substitutionen dar. Soweit nicht die besonderen Voraussetzungen, unter denen die Substitution ausnahmsweise gestattet ist, vorliegen, tritt das allgemeine Verbot solcher Verfügungen in Kraft. Der Gesetzgeber hat die im früheren Rechte zulässigen Nacherbeinsetzungen abgeschafft, weil er sie für unvereinbar hielt mit dem Geiste der neuen Verfassung, dem rechtlichen Wesen des Eigentums und der allgemeinen Wohlfahrt. Um seinen Zweck vollständig zu erreichen, hat er die Substitution nicht nur bezüglich der bedachten Dritten, sondern selbst in Ansehung des Beschenkten, des eingesetzten Erben oder des Legatars für ungültig erklärt. Das Gesetz stellt hiermit den Grundsatz auf, daß mit der Substitution stets auch die Institution als durch jene bedingt hinfällig werde ohne Zulassung der Prüfung, ob im einzelnen Falle der Erblasser nicht eventuell die Institution auch ohne Substitution gewollt habe. Wenn daher im vorliegenden Falle nicht bloß die Enkel, sondern weiterhin nach diesen auch die ferneren Nachkommen des Erblassers als substituiert anzusehen sind, so macht diese fernere Substituierung ohne Weiteres auch die erstmalige Substituierung der Enkel als oneriert Institutierten ungültig und die Verfügung des Testaments konnte auch nicht in den Schranken des Art. 1048 code civil aufrecht erhalten werden.

Nr. 2521. II. Sen. 23. Juni 1891. II. 81. 90. Bd. 29, Nr. 75, S. 308.

Substitution noch nicht geborener Kinder eines im Testamente bedachten Sohnes. Art. 897, 906, 1057 code civil. (Rhein. R.). Die Wirksamkeit einer Substitutionsverfügung, die der Erblasser gemäß der Vorschrift des Art. 1048 code civil zu Gunsten der schon geborenen und noch zu erwartenden Kinder (enfants nés et à naître) des bedachten Sohnes getroffen hat, ist nicht dadurch bedingt, daß zur Zeit des Todes des Erblassers Kinder jenes vorhanden sind. In den Art. 1048/49—1073 code civil sind die Substitutionen, die das Gesetz (Art. 897 code civil) in Ausnahme von dem Verbote des vorhergehenden Artikels zu Gunsten der Enkel bezw. Geschwisterkinder gestattet, näher geregelt. Die erstbezogenen Gesetzesstellen schreiben nun imperativ vor, daß in das dem Bedachten zugewendete Vermögen die Kinder ersten Grades desselben, sowohl die bereits vorhandenen als diejenigen, die später geboren werden, zu substituieren sind. Nachdem durch Art. 1048 in Ausnahme von der Regel des Art. 906 code civil auch die zur Zeit der Eröffnung des Nachlasses noch nicht geborenen bezw. concipierten Enkel für substitutionsfähig erklärt sind, ist kein berechtigter Grund dafür abzusehen, warum das Erbrecht dieser Kinder dadurch bedingt sein soll, daß zur Zeit des Todes des Erblassers andere Kinder schon vorhanden waren. Auch die Vorschrift des Art. 1075 code civil, die den bedachten Vorerben bei Nichterfüllung der ihm durch den Art. 1056 bezüglich der Vormundsernennung auferlegten Pflicht mit dem Verluste seines Rechts zu Gunsten der Substituierten bedroht, kann der gegenteiligen Annahme nicht zur Stütze dienen, da, wenn man auch annimmt, daß diese Verwirkung dann, wenn keine solche Berufenen vorhanden, nicht auszusprechen sei, doch daraus nicht folgt, daß Letzteren überhaupt ein Recht nicht zustehe. Danach ist mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß auf dem Ausnahmegebiete der Art. 1848/49 code civil die Rechtsfähigkeit der enfants à naître grundsätzlich anerkannt ist.

Erbeinsetzung.

Nr. 2522. I. Sen. 15. März 1882. I. 699. 81. Bd. 10, Nr. 31, S. 113.

Möglichkeit stillschweigender Anordnung von Erbeinsetzungen und Vermächtnissen. (Gem. R.). In den Ausführungen des Berufungsgerichts ist insofern ein Rechtsirrtum zu bemerken, als es die wegen der Geltung des Satzes „positus in conditione non est positus in dispositione" im Justinianischen und heutigen Rechte bestehende Streitfrage auf Vermächtnisse mit bezieht. Die Frage, welche Bedeutung der l. 19 Dig. de hered.

inst. 28, 5 und l. 16 § 1 Dig. de vulg. et pup. 28, 6 gegenüber der allgemeinen Bestimmung c. 15 Cod. de test. 6, 23 zukomme, betrifft aber nur Erbeinsetzungen und läßt sich, allgemeiner gefaßt, dahin stellen, ob nach Justinianischem und heutigem gemeinen Rechte eine Erbeinsetzung nur ausdrücklich oder auch stillschweigend in einem Testamente angeordnet werden könne. Daß Fideikommisse, also im Justinianischen Rechte Vermächtnisse überhaupt, auch stillschweigend auferlegt werden können, war niemals zweifelhaft.

Nr. 2523. IV. Sen. 2. Juni 1881. IV. 419. 80. Bd. 5, Nr. 66, S. 243.

Bedeutung der Erbeseinsetzung in § 614, I. 12 A.L.R. (Preuß. R.). In § 614 a. a. O. (vergl. §§ 482, 492, II. 1 A.L.R.) ist unter Erbeseinsetzung nicht eine solche im engeren spezifischen Sinne dieses Wortes (§ 4, I. 12 A.L.R.), sondern es sind darunter, insbesondere bei korrespektiven Testamenten, auch andere Zuwendungen von Todes wegen zu verstehen. Das preußische Landrecht hat die charakteristischen Unterscheidungen des römischen Rechts zwischen Testamenten und Kodizillen nicht beibehalten. Es kann daher auch, wenn es sich um die Frage über das Vorhandensein eines wechselseitigen Testamentes handelt, kein entscheidendes Gewicht auf die nach der Wortfassung des § 614 a. a. O. erforderte Benennung zum Erben gelegt werden. Die Fälle wechselseitiger letztwilliger Verfügungen, wo Eheleute ihre Kinder oder ihnen sonst nahe stehende Personen zu Substanzerben ihres Nachlasses ernennen, sich aber wechselseitig den lebenslänglichen Nießbrauch vermachen, gehören zu den sehr häufigen Vorkommnissen, und gerade in solchen Fällen pflegen die Nießbrauchszuwendungen in der besonderen Rücksicht auf die Erbeseinsetzungen seitens des anderen Teils ihre Veranlassung zu finden. Es hat zuverlässig nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, dem überlebenden die Zuwendung annehmenden Ehegatten den Widerruf der von ihm erklärten Erbeseinsetzung deshalb zu gestatten, weil diese Zuwendung nicht durch eine eigentliche Erbeseinsetzung geschehen ist.

Nr. 2524. III. Sen. 11. Februar 1887. III. 356. 86. Bd. 17, Nr. 35, S. 143.

Erbeseinsetzung ex re certa. (Gem. R.). In der letztwilligen Verfügung der eltern- und kinderlosen Eheleute S. dahin: „Wir setzen uns hiermit wechselseitig zu Erben ein, so zwar, daß der Längerlebende von uns im vollen Besitze, dem Genusse und der Disposition über unser gesamtes beiderseitiges Vermögen bis an seinen Tod verbleiben soll“, ist eine Erbfolge schlechthin nicht angeordnet, vielmehr liegt eine heredis institutio ex re certa vor. Nach römischem Recht wird nun zwar die Einsetzung des auf res certa instituierten einzigen Erben als Erbeseinsetzung aufrecht erhalten, indem die Erwähnung der res certa, das nach allgemeinen Grundsätzen mit der Erbeseinsetzung Unvereinbare, als nicht hinzugefügt gedacht wird (vergl. l. 1 § 4 Dig. de her. inst. 28, 5; l. 41 § 8 Dig. de vulg. et pup. subst. 28, 6). Streitig aber ist, ob der ex re certa Berufene, weil er auf das ganze Vermögen des Erblassers als Erbe gerufen betrachtet wird, nun auch das ganze Vermögen bekommt und behält, oder ob er nicht, und eventuell unter welchen Voraussetzungen, das Vermögen nach Abzug der res certa an die Intestaterben des Testators herausgeben muß. Für den Fall, daß aus der letztwilligen Verfügung hervorgeht, daß der Erblasser den ex re certa Instituierten auf die bei der Einsetzung bezeichnete Sache oder auf das ihm verliehene Recht hat beschränken wollen, ist unter Umständen dieser Wille durch die Annahme eines Fideikommisses zu Gunsten der Intestaterben des Testators zur Geltung zu bringen. In der Einsetzung eines solus heres ex re certa ist aber keineswegs immer ohne Weiteres ein stillschweigendes Universalfideikommiß zu Gunsten der Intestaterben zu finden, vielmehr ist, um die Annahme eines solchen stillschweigenden Fideikommisses zu rechtfertigen, erforderlich, daß in irgend einer Weise in der letztwilligen Disposition selbst zum Ausdruck gebracht ist, daß die Intestaterben

des Testators die Fideikommissare sein sollen, wogegen in dem Falle, wo es in der letztwilligen Disposition an solchen Momenten fehlt, aus denen die Person des Honorierten mit Sicherheit zu erkennen ist, der ex re certa institutus heres den ganzen Nachlaß als Erbe erhält und behält, also die Hinzufügung der res certa als wirkungslos erscheint.

Nr. 2525. III. Sen. 21. Oktober 1887. III. 144. 87. Bd. 19, Nr. 49, S. 257.

Testamentarische Einsetzung einer ganzen Personenklasse. Fromme Stiftung. (Gem. R.). Die Gesetze lassen keinen Zweifel darüber, daß die Allgemeinheit der Bezeichnung „alte, arme, arbeitsunfähige Männer" der Gültigkeit ihrer Einsetzung als Erben oder Legatare keinen Eintrag thun kann. Vergl. c. 24 Cod. de episc. 1, 3, c. 28 pr., c. 49 Cod. eod., cap. 10 und 11 der Nov. 131. Die Ausführung einer testamentarischen frommen Stiftung, also namentlich einer Stiftung zum Besten von Armen darf nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß der Testator nicht genügend für deren Vertretung gesorgt hat. Ist dies von ihm versäumt, so beruft das Gesetz selbst die zur Ausführung geeigneten Personen und Behörden. Nach der heutigen Staatsverfassung ist hierzu die Gemeinde desjenigen Ortes berufen, dessen Einwohnern bez. dessen armen Einwohnern die Stiftung zu gute kommen soll. Diese Gemeinde ist auch zur Klage auf Ausführung der zu Gunsten eines Teils ihrer Ortsarmen errichteten Stiftung für legitimiert zu erachten.

Nr. 2526. III. Sen. 13. März 1896. III. 381. 95. Bd. 37, Nr. 39, S. 151.

Wirkung der Kodizillarklausel gegen einen postumus. (Gem. R.). Die Beklagte wendet sich lediglich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß die in dem fraglichen Testamente enthaltene Erbeseinsetzung der ersten Ehefrau und der Mutter des Erblassers sowie die daran geknüpfte Substitution der Klägerin durch die Kodizillarklausel auch der im Testamente nicht erwähnten und erst nach dessen Errichtung geborenen Noterbin, der Beklagten, gegenüber als Universalfideikommiß aufrecht zu erhalten sei. Dieser Annahme war auch in der jetzigen Instanz beizutreten. In Bezug auf die Frage, ob überhaupt die Kodizillarklausel gegenüber dem übergangenen Noterben wirke, hat sich der jetzt erkennende Senat bereits mehrfach in Übereinstimmung mit der in Rechtslehre und Rechtsprechung herrschenden Ansicht dahin ausgesprochen, daß nach Nov. 115 die Übergehung eines Noterben die Nichtigkeit des Testamentes zur Folge hat, daß aber kraft der ihm beigefügten Kodizillarklausel die nach Vorschrift der Novelle nichtige Erbeseinsetzung als ein dem Intestaterben auferlegtes Universalfideikommiß aufrecht zu erhalten ist. Nr. 2617. Geht man hiervon aus, dann liegt kein ausreichender Grund vor, zu Gunsten eines nach der Testamentserrichtung geborenen oder dem Testator bekannt gewordenen Noterben eine Ausnahme von dem aufgestellten Grundsatze zu machen. Allerdings ist gerade diese Frage in älterer wie in neuerer Zeit streitig gewesen und für die Ansicht, daß jedenfalls zu Gunsten nachträglich geborener oder bekannt gewordener Noterben eine Ausnahme zu machen sei, namentlich geltend gemacht worden, es könne nicht angenommen werden, daß der Erblasser auch solche Noterben in den Bereich seiner Erwägung habe ziehen und ihnen durch die Kodizillarklausel etwas von ihrem Rechte habe nehmen wollen. Allein diese Auffassung findet in den bei dieser Frage maßgebenden Quellen des römischen Rechts keinen Anhalt. Für das Gegenteil spricht zunächst die l. 24 § 11 Dig. de fid. libert. 40, 5, wonach in dem Falle, wenn ein Testament durch agnatio postumae rumpiert ist, doch die Vermächtnisse bestehen bleiben sollen, die der Testator (durch die Kodizillarklausel) auch seinen gesetzlichen Erben auferlegt hat. Entscheidend ist aber die l. pr. § 1 Dig. de jure cod. 29, 7. Danach sollen die mit der allgemeinen Formel „quisquis mihi heres erit, ejus fidei committo" errichteten Intestatkodizille auch von einem nachgeborenen Noterben geleistet werden, weil angenommen werden müsse, daß auch dieser von dem

Erblasser als ein mit in Betracht kommender Erbe ins Auge gefaßt worden sei. Vergl. auch l. 9 Dig. de leg. III. Was hier von einem reinen Intestatkodizille bestimmt ist, muß folgerichtig auch von einem Testamente gelten, das kraft der Kodizillarklausel als Kodizill ins Leben tritt. Nach den vorerwähnten römischrechtlichen Vorschriften muß also im vorliegenden Falle die Erbeseinsetzung der ersten Ehefrau und der Mutter des Erblassers sowie die nach deren Ableben in Betracht kommende Substitution der Klägerin auf Grund der erwähnten Klausel als Universalvermächtnis in Kraft bleiben; es bedarf daher keines Eingehens auf die weitere Erwägung der Vorinstanz, daß auch nach den Umständen des vorliegenden Falles die nämliche Absicht des Testators anzunehmen sei, indem er das Testament vom Jahre 1876 auch nach der späteren Geburt und Legitimation seiner Tochter, der Beklagten, unverändert habe fortbestehen lassen.

Nr. 2527. III. Sen. 19. Januar 1886. III. 245. 85. Bd. 15, Nr. 34, S. 165.

Erbeinsetzung und Enterbung einer Person in demselben Testamente. Unsittlicher Lebenswandel als Enterbungsgrund. Aufhebung eines Enterbungsgrundes durch Verzeihung. (Gem. R.). Es wird zwar von einigen Rechtslehrern die Meinung vertreten, daß, wenn eine Person in demselben Testamente zuerst zum Erben eingesetzt und nachher enterbt wird, die Enterbung ungültig sei und es daher bei der Erbeseinsetzung zu verbleiben habe; allein diese Meinung ist jedenfalls für das heutige Recht nicht zu billigen. Es kommt vielmehr lediglich darauf an, ob nach dem durch Auslegung des Testamentes zu ermittelnden Willen des Testators die eine oder die andere Verfügung in Geltung treten soll. Der Beweis der Rechtmäßigkeit der Enterbung ist von demjenigen zu erbringen, welcher sich darauf stützt. Die Bestimmung in Nov. 115 cap. 3 § 11, daß eine Tochter oder Enkelin, welche sich nach Ablehnung einer ihr angebotenen angemessenen Verheiratung einem unsittlichen Lebenswandel ergeben hat, enterbt werden kann, daß aber die Enterbung derselben unstatthaft ist, wenn sie den unsittlichen Lebenswandel erst begonnen hat, nachdem bis zu ihrem 25. Lebensjahre keine Fürsorge für ihre passende Verheiratung getroffen war, ist allgemein dahin zu verstehen, daß eine Tochter oder Enkelin, welche sich eines unsittlichen Lebenswandels schuldig gemacht hat, enterbt werden kann, sofern nur der gedachte Ausnahmefall nicht vorliegt. — Die erst nach Errichtung des enterbenden Testamentes erfolgte Verzeihung hat ohne Zurücknahme des Testaments nicht die Aufhebung der Enterbung zur Folge.

Nr. 2528. III. Sen. 10. Dezember 1886. III. 190. 86. Bd. 17, Nr. 30, S. 124.

Enterbung und eventuelle Einsetzung von Noterben. Bedingte Einsetzung eines Noterben. (Gem. R.). Der Testator hat in seinem Testamente zunächst die Enterbung der Noterben ausgesprochen und nur eventuell, für den immerhin denkbaren Fall, daß der Beweis der namhaft gemachten Enterbungsgründe nicht gelingen würde, vorsorglich angeordnet, daß alsdann die beiden Noterben auf ihren Pflichtteil gesetzt sein sollen. Darin liegt kein Widerspruch. Auch enthält die eventuelle Anordnung nicht eine unstatthafte Beschränkung der gesetzlichen Folgen einer ungültigen Enterbung von Noterben. Der Noterbe hat nach dem Recht der Novelle 115 mehr nicht zu beanspruchen als entweder seine formgerecht vollzogene Enterbung oder seine Erbeinsetzung auf den Pflichtteil. Die Frage, ob die Einsetzung der beiden Noterben den Anforderungen der Novelle 115 aus dem Grunde widerspreche, weil sie nicht unbedingt, sondern nur eventuell unter der erwähnten Bedingung oder Voraussetzung erfolgt ist, und die letztere zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht eingetreten war, ist zu verneinen. Aus Novelle 115 Kap. 5 ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber die mangelnde Einsetzung eines Noterben ebenso wie die Verkürzung seines Pflichtteiles als eine Inoffiziosität, mithin beide als gleichartige Verletzungen des Noterbrechts angesehen hat. In der Konsequenz dieser Anschauung liegt es, daß in Fällen, wo das Recht des Not-

erben auf Erbeinsetzung durch eine bloß bedingungsweise erfolgte Einsetzung verletzt ist, diejenigen Rechtsfolgen zur Anwendung gebracht werden, welche für den Fall einer analogen Verletzung des Noterbrechts, nämlich für die bedingte Zuwendung des Pflichtteilbetrages, durch die c. 32 Cod. de inoff. test. 3, 28 gesetzlich eingeführt sind. Es erscheint daher berechtigt, diese Gesetzesstelle auf den Fall bedingter Erbeinsetzung analogerweise zu übertragen, mithin eine Einsetzung solcher Art nicht einer Nichteinsetzung gleich zu achten, sondern vielmehr wie eine unbedingte aufrecht zu erhalten. Dem Rechte auf unbedingte Einsetzung, welches durch Novelle 115 sanktioniert ist, wird dadurch nicht zu nahe getreten und überdies wird damit nur einer allgemeinen der Aufrechterhaltung eines letzten Willens günstigen Tendenz des Gesetzgebers entsprochen, welche auch auf dem speziellen Gebiete des Noterbrechts mehrfach zum Ausdruck gelangt ist (vergl. c. 30, 32 Cod. de inoff. test. 3, 28). Der Umstand, daß die Novelle 115 als Strafe für die von ihr reprobierten Präteritionen nur die Ungültigkeit der testamentarischen Erbeinsetzung aufgeführt hat, läßt nicht den Schluß zu, daß nicht im Hinblick auf c. 32 Cod. ib. für diejenigen Fälle, wo die Präterition des Noterben lediglich in seiner nicht unbedingt erfolgten Einsetzung zu finden ist, von jener Regel abgewichen werden dürfte. Die bedingte Einsetzung eines Noterben ist daher nicht als eine deren Ungültigkeit bewirkende Verletzung des Noterbrechts anzusehen.

Nr. 2529. VI. Sen. 16. Oktober 1893. VI. 172. 93. Bd. 31, Nr. 74, S. 332.

Erfordernisse einer Erbeseinsetzung in der Mark Brandenburg. (Preuß. R.). Im Falle Nr. 3146 beruht die Vorentscheidung auch insofern auf einer Gesetzesverletzung, als den acht Enkeln des Beklagten die Miterbenqualität beigelegt ist. Die in der Mark Brandenburg nach Maßgabe des Art. VII des Publikationspatentes vom 5. Februar 1794 suspendierten Titel 1—3 Teils II A.L.R. enthalten über die Erfordernisse der Erbeseinsetzung keine Bestimmung. Die Frage, ob eine Erbeseinsetzung als geschehen anzusehen, ist deshalb nicht nach den Vorschriften des römischen Rechts, auf deren Verletzung allerdings die Revision nicht gestützt werden könnte (§ 5 der Verordnung vom 28. September 1879), sondern nach den nicht suspendierten Vorschriften in den §§ 4, 6, 44, 45, 254—258, 263, I. 12 A.L.R. zu beurteilen. Mag nun auch der Erblasser die Absicht gehabt haben, seine letztwillige Verordnung den Bestimmungen des märkischen Provinzialrechts durchaus anzupassen, so hat er doch in dem vorliegenden Testamente die Erklärung, den Inbegriff seines Nachlasses seiner Tochter und seinen Enkeln zuwenden zu wollen, nicht abgegeben. Wenn er die Letzteren wegen ihrer Ansprüche an seinen Nachlaß auf die von ihnen einzuwerfenden Zuwendungen an ihre Mutter verweist, im übrigen aber sein gesamtes zur Zeit seines Todes vorhandenes Vermögen seiner Tochter zuwendet, so kann nur diese Tochter, Frau L., im Sinne der angeführten Vorschriften des zwölften Titels als Erbin gelten, während die auf eine bestimmte Summe beschränkten Enkel, Kinder der Frau M., trotz ihrer Bezeichnung als Erben im Testamente doch nur als Legatarien, und zwar ebensowohl der Erbin wie den Nachlaßgläubigern gegenüber, zu betrachten sind. Daß den Enkeln des Beklagten ein Noterbenrecht zustand, kann hieran nichts ändern. Das Berufungsgericht meint freilich, der Erblasser habe durch die fragliche Testamentsbestimmung seine Enkel in Höhe ihrer Pflichtteils*quoten* zu dem Inbegriffe seines Nachlasses berufen. Ob diese Auffassung genügend begründet sein möchte, kann dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls ist durch die nach der weiteren Ausführung des Gerichts gleichfalls im Testamente getroffene Teilungsanordnung den Enkeln an Stelle ihrer Pflichtteilsquoten und zur Befriedigung derselben eine bestimmte Summe (in Höhe der Zuwendungen an ihre verstorbene Mutter bei deren Verheiratung) angewiesen worden. Reichte diese Summe zur Deckung des Pflichtteils nicht aus, so konnten die Enkel, wie der Vorderrichter offenbar selbst annimmt, *aus dem Testamente* weitergehende Ansprüche (abgesehen von den ihnen vermachten dreimal 1000 Mk.) nicht herleiten. Danach lag die Sache

so, daß den testamentarisch eingesetzten Noterben der Pflichtteil in einer bestimmten Summe überwiesen war, woraus dann nach den Vorschriften des zwölften Titels in Verbindung mit dem Anh. § 164 zu § 574, II. 18 A.L.R. folgt, daß sie nicht ein Miterbrecht in den Nachlaß, sondern nur die Stellung von Vermächtnisnehmern erlangen konnten. Die Revisionsbeklagte meint zwar, es müsse für den Fall der Verneinung der Miterbenqualität der M.schen Kinder nach der insoweit unanfechtbaren Rechtsauffassung der Vorinstanz das Testament des Erblassers als nichtig und die Intestaterbfolge als eingetreten angesehen werden; indessen dieser Ansicht steht die Motivierung des Berufungsurteils nicht zur Seite. Keineswegs ist vom Vorderrichter ausgesprochen worden, daß nach den Grundsätzen des märkischen Provinzialrechts das Testament des Erblassers trotz der ausdrücklichen Berufung der M.schen Kinder zu Erben für nichtig erachtet werden müßte, wenn die M.schen Kinder zufolge ihrer Anweisung auf eine bestimmte Summe im Verhältnisse zu der Frau L. und den Nachlaßgläubigern nicht als Erben, sondern als Legatare zu betrachten wären. Auf welche Gesetzesvorschriften ein solcher Ausspruch hätte gestützt werden können, ist auch nicht ersichtlich (vergl. Nov. 115 c. 5 pr.).

Nr. 2530. IV. Sen. 17. Februar 1890. IV. 328. 89. Bd. 26, Nr. 44, S. 234.

Änderung der testamentarischen Erbeinsetzung durch ein vorbehaltenes Kodizill oder durch eine Verfügung der Eltern unter Kindern. §§ 3, 5, I. 12; Anh. § 35; §§ 379, 380, 414, 415, 431, II. 2 A.L.R. (Preuß. R.). Durch vorbehaltene Kodizille kann die testamentarische Erbeseinsetzung nicht geändert werden. Für die Richtigkeit dieser einschränkenden Auslegung des Anh. § 35 A.L.R. spricht schon der Ausdruck „Kodizill", da das Gesetz hierunter diejenige Verordnung versteht, welche keine Erbeseinsetzung enthält (§§ 3, 5, I. 12 A.L.R.), sodann aber die Entstehung des Anh. § 35. — Auch der auf die behauptete Verkennung der Rechtssätze von der Enterbung gestützte Angriff der Revision ist hinfällig. Nach § 414, II. 2 A.L.R. besteht die in einem Testamente geschehene Enterbung solange, als der Erblasser dies Testament nicht widerrufen oder seinen Willen, die Enterbung wieder aufzuheben, nicht deutlich erklärt hat, und nach § 415 a. a. O. muß dergleichen Erklärung in Ansehung der äußeren Form wenigstens mit den bei einer letztwilligen Verordnung unter Kindern § 380 a. a. O. vorgeschriebenen Erforderniſſen versehen sein. Es genügt also, wenn sie von dem Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben worden ist (§ 380[a]). Daß diese weniger strenge Formvorschrift auch für die Aufhebung einer „Enterbung aus guter Absicht" gilt, ist außer Frage. Der Entscheidungsgrund des Berufungsrichters besteht aber darin: im Testament habe der Erblasser die O. K.sche Descendenz als Erbin eingesetzt und diese Erbeseinsetzung habe durch Kodizill nicht aufgehoben werden können. Dem ist beizutreten. Die Revision führt aus, der Gesetzgeber habe, indem er einer mit den bei einer letztwilligen Verfügung unter Kindern vorgeschriebenen Erforderniſſen versehenen Erklärung (§§ 379 ff. II. 2 A.L.R.) die Wirkung beilege, die Enterbung eines Kindes wieder aufzuheben (§§ 414, 415 a. a. O.), die Wirksamkeit einer in solcher Form abgegebenen Erklärung über die aus den §§ 379 ff. sich ergebenden Grenzen erweitert, da durch die Aufhebung der Enterbung notwendig eine Änderung der früher gewollten Erbfolge eintrete, möge der Testator in dem Testamente, in welchem er die Enterbung ausgesprochen, Erben ernannt oder es, abgesehen von dem enterbten Kinde, bei der gesetzlichen Erbfolge belassen haben. Daraus folge, daß, wenn auch im allgemeinen in der Form des § 380 einem Kinde oder weiteren Abkömmlinge das Erbrecht nicht genommen werden könne, diese Form hierzu ausreiche, wenn die Aufhebung der Enterbung eines anderen Kindes diese Folge habe. Dieser Ausführung kann nicht beigetreten werden. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber den in den §§ 379, 380 ausgesprochenen Grund in dem Falle des Widerrufes einer vorher angeordneten Enterbung wieder aufgegeben habe. Der Widerruf der Enterbung eines

Kindes, von welchem die §§ 414, 415 a. a. O. handeln, darf nur bezwecken, die Grundsätze und die Art der Teilung unter den Kindern und weiteren Abkömmlingen zu beeinflussen, nicht aber auch den anderen Kindern und weiteren Abkömmlingen ihr Erbrecht zu nehmen. Letzteres ist aber nach den Feststellungen des Berufungsrichters hier der Fall. Denn durch den Widerruf der rechtswirksamen Enterbung des O. K. wird der mit dieser Enterbung zur Erbin berufenen Descendenz desselben dies Erbrecht wieder genommen. Es handelt sich also in der That um eine nur in der Form eines wirklichen Testaments gültige letztwillige Verordnung im Sinne der §§ 379, 431 a. a. O.

Nr. 2531. IV. Sen. 8. Dezember 1892. IV. 282. 92. Bd. 30, Nr. 70, S. 239.

Begriff der Erben. §§ 4—6, 298, I. 12 A.L.R. (Preuß. R.). Im Jahre 1888 ist in Berlin T. verstorben. In einem Vorprozesse sind auf die Klage des jetzigen Klägers die drei Söhne des Erblassers als dessen Testamentserben rechtskräftig verurteilt worden, 35000 Mk. nebst Zinsen nach Kräften des Nachlasses an den Kläger zu zahlen. Die Witwe des Erblassers, die jetzige Beklagte, hat dessen Nachlaß bei der Kur- und Neumärkischen Ritterschaftlichen Darlehenskasse in Berlin unter Vorbehalt ihrer ausschließlichen Verfügung in Verwahrung gegeben. Im vorliegenden Rechtsstreite begehrt der Kläger, daß die Beklagte verurteilt werde, die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß des Erblassers in Höhe von 1000 Mk. zu gestatten und darein zu willigen, daß dieser Betrag aus der bei der gedachten Darlehnskasse verwahrten T.schen Nachlaßmasse an den Kläger gezahlt werde. Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt. Die Berufung der Beklagten ist zurückgewiesen. Auf ihre Revision hat das Reichsgericht die Klage abgewiesen. Die Beklagte hat sich der Klage gegenüber in zweifacher Weise verteidigt. Einmal spricht sie der in dem Vorprozesse ergangenen Entscheidung die Rechtswirksamkeit ab, weil weder die Gebrüder T. als Erben ihres Vaters anzusehen seien noch die Forderung des Klägers an den Letzteren zu Recht bestehe. Sodann hat sie die Passivlegitimation bestritten. Das Berufungsgericht hat beide Rechtsbehelfe verworfen. In Bezug auf die erste Einwendung geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß sie an sich rechtlich erheblich sei, indem erwogen ist, daß die Beklagte auf Grund der letztwilligen Anordnung ihres Ehemannes dessen Nachlaß in Verwahrung und Verwaltung hat und die Rechtsstellung eines Testamensvollstreckers einnimmt, vermöge deren sie ein selbständiges Interesse daran hat, die Frage zur Entscheidung zu stellen, ob die Gebrüder T. als Erben ihres Vaters in dem Sinne zu erachten seien, daß ihnen gegenüber im Vorprozesse die Forderung des Klägers an ihren Erblasser mit rechtlicher Wirkung auch gegen die Beklagte als Verwalterin des Nachlasses und Testamentsvollstreckerin festgestellt werden konnte. Wenn dagegen das Berufungsgericht bei Prüfung dieser Frage zu deren Bejahung gelangt, so kann dem nicht beigetreten werden. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat der Erblasser T. in seinem Testamente bestimmt, daß seine Ehefrau und seine drei Söhne ihn beerben sollen, jedoch unter der Maßgabe, daß die Ehefrau lediglich eine Rente beziehen, den Söhnen deren künftige eheliche Descendenz fideikommissarisch in der Art substituiert sein soll, daß sie lebenslang nur die Zinsen von ihren Erbteilen beziehen, nicht aber über die Substanz der Erbteile verfügen dürfen, und beim kinderlosen Absterben eines Sohnes dessen Erbteil unter gleicher Beschränkung auf die übrigen Söhne übergehen soll. Auf Grund dieser Bestimmungen nimmt der Berufungsrichter an, der Wille des Erblassers sei dahin gegangen, daß die drei Söhne seine Vorerben und als solche nur in der Verfügung über die Substanz ihrer Erbteile zu Gunsten der eventuellen Nacherben beschränkt sein sollten. Daraus ist gefolgert, daß in dem Vorprozesse die Söhne den Nachlaß ihres Vaters gegen den Klaganspruch rechtswirksam vertreten hätten und der Kläger nicht genötigt gewesen sei, deren künftige Descendenz zum Prozesse zuzuziehen. Diese Ausführung kann nicht aufrecht erhalten werden. Als Feststellung

des letzten Willens des Erblassers, so daß ihr die Vorschrift des § 524 C.P.O. zur Seite stände, ist sie nicht anzusehen. Sie beruht in Wirklichkeit auf einer rechtlichen Schlußfolgerung, die sich mit dem Inhalte des T.schen Testaments und mit dem Begriffe des Erben in Widerspruch setzt. Für die Frage, ob die Gebrüder T. als Vorerben ihres Vaters zu erachten sind, ist es nicht entscheidend, daß sie in dessen Testamente als Erben bezeichnet sind und ihnen ihre etwaige Descendenz fideikommissarisch substituiert ist. Vielmehr ist auf den Inhalt der zu ihren Gunsten getroffenen Anordnungen des Erblassers zurückzugehen. Danach soll ihnen an ihren „Erbteilen" lediglich der Zinsgenuß zustehen, während die Substanz der Erbteile ihrer Verfügung entzogen ist und für ihre künftige Nachkommenschaft erhalten werden soll. Angesichts dessen können sie im Hinblicke auf die §§ 4—6, 298, I. 12 A.L.R. überhaupt nicht als Erben in dem Sinne gelten, daß ihnen die Befugnis, den Nachlaß ihres Vaters rechtswirksam gegen den Anspruch des Klägers zu verteidigen, zuzusprechen wäre. Denn dieser Anspruch betrifft die Substanz des Nachlasses, die eben ihrer Verfügung entrückt ist. Demzufolge kann der Streit über die Klagforderung nur unter Zuziehung ihrer künftigen Descendenz ausgemacht werden.

Nr. 2532. I. Sen. 6. Februar 1884. I. 450. 83. Bd. 14, Nr. 47, S. 194.

Dem Testamentsvollstrecker im Testamente beigelegte Befugnis authentischer Interpretation des Testaments. (Gem. R.). Der Beklagte hat sich freilich auf die ihm durch das Testament verliehene Befugnis der authentischen Interpretation des Testaments berufen; aber mit Recht hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß hierin nicht das Recht einbegriffen ist, unter eine völlig klare Testamentsbestimmung willkürlich einen Fall zu subsumieren, der an sich nicht darunter gehört. — Wenn der Testamentsvollstrecker, dem solche Befugnis nach dem Testamente zusteht, im Prozesse über die Auslegung einer anderen Testamentsbestimmung gar nicht von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen erklärt hat, so kann das Gericht auch von der Auslegung, die der Testamentsvollstrecker der betreffenden Bestimmung giebt, absehen. Eine solche besondere Willenserklärung wäre eventuell ganz unerläßlich gewesen. Denn es ist sehr wohl denkbar, daß ein gewissenhafter Testamentsvollstrecker eine von ihm für richtig gehaltene Auslegung gerichtlich durchzufechten versucht, ohne doch die Verantwortung auf sich nehmen zu mögen, sich der ihm im Testamente beigelegten Befugnis der authentischen Interpretation gerade in diesem Falle zu bedienen.

Einsetzung eines Nacherben.

Nr. 2533. II. Sen. 18. Oktober 1887. II. 131. 87. Bd. 19, Nr. 77, S. 390.

Verbotene Substitution. (Rhein. R.). Es ist von der auf richtiger Auslegung des Art. 896 code civil beruhenden Feststellung auszugehen, daß N. neben den anderen fünf benannten Universallegataren zum Universallegatar eingesetzt, dessen Einsetzung aber mit einer verbotenen Substitution belastet ist. Daraus folgt die Nichtigkeit dieser Einsetzung, aber nur dieser, nicht auch zugleich der übrigen Universalvermächtnisse, weil diese, nach der Auslegung der Absicht des Testators seitens des Berufungsgerichts, von der Belastung gar nicht berührt werden, also weder der Fall vorliegt, daß an eine und dieselbe Verfügung zum Teil eine Substitution geknüpft ist, noch der Fall, daß die verbotene Substitution sich auf alle, den mehreren Institutierten zusammen vermachten Vermögensteile erstreckt, also unteilbar ist. Auch darin ist auf Grund der Art. 1006, 1044 code civil der angefochtenen Entscheidung beizutreten, daß die in nichtiger Weise dem N. hinterlassene Quote den übrigen Universallegataren zufällt, denn Jeder von ihnen ist ohne Teilbestimmung mit den Anderen zum ganzen Nachlasse gerufen, so daß durch das Wegfallen der einen Berufung sich die Quote der anderen um den Betrag nicht vermindert, um welchen dieselbe durch die Teilung mit dem Wegfallenden kleiner geworden wäre. Der Beklagte (Erbe) macht geltend, daß die

klagenden Vermächtnisnehmer das Testament vollzogen und durch die Teilung mit R. genehmigt hätten; eine vollzogene Teilung könne überhaupt nur nach Maßgabe des Art. 887 code civil angefochten werden, eine Verletzung über ein Viertel liege aber nicht vor. Es handelt sich aber nicht um Anfechtung einer Teilung, sondern um einen Anspruch gegen einen solchen, der wegen Nichtigkeit seiner Einsetzung gar nicht berechtigt war, zur Teilung zugezogen zu werden und daraus etwas zu erhalten. Gegen einen ohne Rechtsgrund zur Teilung Zugelassenen ist nicht auf Umstoßung der Teilung zu klagen, sondern nur darauf, daß er das ohne Grund Empfangene zur Verteilung unter die allein und ausschließlich Berechtigten zurückerstatte. Seine Berufung auf die Teilung wird dadurch beseitigt, daß er auf Grund eines nichtigen Titels zu derselben zugelassen worden sei. Wenn aber geltend gemacht wird, daß durch den Vollzug des Testamentes auf die Nichtigkeit wirksam verzichtet worden sei (Art. 1340 code civ.), so steht dem Folgendes entgegen: Eine Genehmigung des Testamentes zum Vollzuge mit der Vereinbarung, welche allein dem Beklagten zum Vorteile gereichen könnte, daß nur die Einsetzung bestehen bleiben und diese von der Belastung befreit sein solle, das Vermächtnis zu Gunsten der Geschwister und Geschwisterkinder aufbewahren und ihnen beim Eintritte der im Testamente gesetzten Bedingungen anfallen zu lassen, ist nicht behauptet, sondern nur eine Genehmigung dahin, daß die Verteilung des Nachlasses nach dem Inhalte des Testaments vorgenommen werde. Eine solche Genehmigung aber, welche auch die Substitution bestehen ließe, wäre ohne rechtliche Wirkung, da es sich um eine Nichtigkeit kraft öffentlichen Rechts handelt und die durch Art. 896 a. a. O. verbotene fideikommissarische Erbfolge auch nicht durch Übereinkunft der Erbinteressenten herbeigeführt werden kann.

Nr. 2534. I. Hilfs-Sen. 4. April 1882. IV^a. 41. 82. Bd. 7, Nr. 62, S. 206.

Fideikommiß des Überrestes. Pretium succedit in locum rei. (Preuß. R.). Wenn auch der Satz pretium succedit in locum rei als allgemeine Regel dem römischen Recht fremd war, so hat er doch dort nicht nur bei der Feststellung des Gegenstandes der Erbschaftsklage, sondern auch in besonderer Beziehung auf den Fall des Fideikommisses des Überrestes Anwendung gefunden (vergl. l. 70 § 3; l. 71; l. 72 de leg. II.). Dasselbe gilt im preußischen Recht. Anwendung der Regel ist enthalten in § 498, I. 9; § 847, II. 18 A.L.R., und es liegt kein Grund vor, namentlich in der erstgedachten Vorschrift eine Singularität zu erblicken, die nicht auf andere Fälle des Anspruches auf Herausgabe eines Nachlasses anwendbar wäre. In der veränderten Anlegung des ererbten Vermögens für sich ist eine Verminderung desselben nicht zu finden; und ein Fall dieser Art liegt hier vor, wenn festgestellt wird, daß die Fiduziarerbin den Preis des verkauften Nachlaßgrundstücks in Höhe der streitigen 6000 Mk. nicht verzehrt, sondern bis zu ihrem Tode verzinslich angelegt und intakt hinterlassen hat. Nr. 270. — Die Einrede, daß die Fiduziarerbin bereits in gültiger Weise über die fragliche Forderung verfügt habe, ist mit Recht verworfen. So viel ist außer Zweifel, daß die letztwillige Verfügung der Witwe H. (Fiduziarerbin) zu Gunsten der Ehefrau des Beklagten und deren Schwestern für sich den Klägern nicht entgegengesetzt werden kann (§ 468, I. 12 A.L.R.). Aber auch die Anführung des Beklagten, daß die Witwe H. zu jener letztwilligen Verfügung durch den mit ihm abgeschlossenen Verpflegungsvertrag verpflichtet gewesen sei, ist hinfällig. Denn eine vertragliche Aussetzung eines Vermächtnisses läßt sich nur in der Gestalt eines Erbvertrages denken, der, als letztwillige Verfügung, gleichfalls zu den nach § 468 a. a. O. dem Fiduziar untersagten Geschäften gehört und dessen Form hier nicht beobachtet ist; jedes andere auf letztwillige Zuwendung gerichtete Abkommen erzeugt, weil gegen den Grundsatz der Testierfreiheit verstoßend, keine rechtliche Gebundenheit unter Lebenden und das gemäß desselben ausgesetzte Vermächtnis bleibt dessenungeachtet Vergabung von Todes wegen. Nr. 2535.

Nr. 2535. IV. Sen. 17. November 1890. IV. 158. 90. Bd. 27, Nr. 52, S. 220.

Inventarlegungspflicht des Fiduziars beim Fideikommisse auf den Überrest. §§ 468—471, I. 12 A.L.R. (Preuß. R.). Auch beim Fideikommisse auf den Überrest ist der Fiduziar verpflichtet, dem Nacherben ein Nachlaßinventar vorzulegen und es eidlich zu bestärken. Die Inventarlegungspflicht ist dem Fiduziar im § 470, I. 12 A.L.R. allgemein, auch für den unmittelbar vorher in den §§ 468, 469 das. behandelten Fall des Fideikommisses auf den Überrest, auferlegt. Damit hat freilich dem Testator nicht die Befugnis entzogen werden sollen, eine andere Bestimmung zu treffen, und der § 471 knüpft, indem er dies anerkennt, an eine solche Bestimmung zugleich eine Auslegungsregel, die sich auf den Fall bezieht, wenn der Testator dem Fiduziar die Legung eines Inventars ausdrücklich erlassen hat. Hat aber der Testator einen solchen Erlaß nicht ausdrücklich ausgesprochen, so bleibt es Sache der Auslegung, ob er eine Befreiung des Fiduziars von der Inventarlegungspflicht gewollt hat. In der Beschränkung des Substituten auf den Überrest sieht jedoch das Gesetz diese Befreiung noch nicht, und ebensowenig kann sie aus der Natur der Sache, d. h. aus der vermeintlichen Zwecklosigkeit des Inventars hergeleitet werden. Denn auch das Fideikommiß des Überrestes macht bei eintretendem Substitutionsfalle eine Sonderung der dem Fideikommisse unterliegenden Vermögensstücke von dem eigenen Vermögen des Fiduziars nötig, welche durch das Inventar erleichtert wird. Dazu kommt, daß die Verwaltung des Fiduziars auch bei dem Fideikommisse des Überrestes keine uneingeschränkte ist (§§ 468, 469 a. a. O.), und daß an die Stelle veräußerter Gegenstände deren etwa noch vorhandener Erlös tritt. Nr. 2534. Die hiernach dem Substituten hinsichtlich verschenkter oder veräußerter Gegenstände zustehenden Ansprüche würden ihm vereitelt werden können, wenn ihm das im Inventare liegende Mittel entzogen wird, sich über den Nachlaß sichere Auskunft zu verschaffen. In dem Erlasse der Rechnungslegung liegt kein Erlaß des Inventars. Nr. 2541.

Nr. 2536. IV. Sen. 8. Februar 1892. IV. 313. 91. Bd. 29, Nr. 48, S. 189.

Verfügungen des Vorerben im Falle einer fideikommissarischen Substitution auf den Überrest über die Substanz des Nachlasses durch belohnende Schenkungen. § 469, I. 12. Anh. § 28 A.L.R. (Preuß. R.). Das Berufungsgericht hat angenommen, die Fiduziarerbin sei nach den §§ 468, 469, I. 12 A.L.R. nicht berechtigt gewesen, die Substanz des Nachlasses ihres Ehemannes durch Schenkungen, die auf bloßer Freigebigkeit beruhen, zu vermindern. Das Berufungsgericht hält aber die Schenkung für eine „rein freigebige“, nicht für eine solche, wodurch die Ehefrau des Klägers für die Wartung und Pflege, überhaupt für die ihrer Adoptivmutter (der Fiduziarerbin und Schenkgeberin) geleisteten Dienste belohnt worden sei, und zwar deshalb nicht, weil die Ehefrau des Klägers (die Beschenkte) zu derartigen Diensten gegenüber ihrer Adoptivmutter verpflichtet gewesen sei. Das Berufungsgericht gründet diese Annahme auf die Bestimmungen der §§ 63, 251, 690, II. 2 A.L.R. Gegen diese Begründung ist von der Revision mit Recht geltend gemacht, das Berufungsgericht habe die Natur der belohnenden Schenkung verkannt. Die belohnende Eigenschaft der Schenkung wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß das Adoptivkind der Adoptivmutter gegenüber gesetzlich zur Pflege und Unterstützung verpflichtet ist; allein entscheidend ist vielmehr, daß das Motiv der Schenkung in der Vergeltung der löblichen Handlung oder eines geleisteten wichtigen Dienstes gelegen hat. Liegt dieser Thatbestand, wie hier nach den thatsächlichen Feststellungen anzunehmen ist, vor, so ist eine remuneratorische Schenkung auch in dem Verhältnisse der Eltern zu ihren Kindern nicht ausgeschlossen. Hier ist auch die für das belohnende Schenkungsversprechen vorgeschriebene schriftliche Form beobachtet. Nun mag zwar die belohnende Schenkung begrifflich als reine Schenkung, wenngleich hervorgegangen aus dem sittlichen Motive der Dankbarkeit, angesehen werden können, wie sie auch, mit Ausnahme der zur Vergeltung einer Lebensrettung gemachten Schenkung,

gemeinrechtlich von der überwiegenden Ansicht der Schriftsteller aufgefaßt wird, während sie wiederum von Anderen gar nicht als Schenkung, sondern als oneroses Geschäft angesehen ist. Die letztere Auffassung ist aber die des preußischen Rechts. Nach dem Sprachgebrauche des A.L.R. wird die belohnende Schenkung von den auf „bloße Freigebigkeit" beruhenden Schenkungen bestimmt unterschieden. (Vergl. § 28 Anh. zu § 1113 und § 1174, I. 11 A.L.R.). Bei einem Fideikommisse des Überrestes ist aber der Ehegatte zu Verfügungen unter Lebenden mit alleiniger Ausnahme der auf bloßer Freigebigkeit beruhenden Schenkungen befugt, zu diesen gehört die remuneratorische Schenkung nicht.

Nr. 2537. V. Sen. 6. April 1892. V. 344. 91. Bd. 29, Nr. 65, S. 265.

Rechtliche Stellung des Nacherben beim Fideikommisse auf den Überrest gegenüber einer vom Vorerben vorgenommenen gemischten Schenkung. Unterschied der gemischten und der verschleierten Schenkung. Wirkung des Widerrufes oder der Anfechtung auf die gemischte Schenkung. (Preuß. R.). Durch das Berufungsurteil ist die Beklagte verurteilt, 1. anzuerkennen, daß der zwischen ihr und ihrem Vater E. abgeschlossene Kaufvertrag und die auf Grund dessen an sie erfolgte Auflassung der Grundstücke ... in Ansehung der ideellen Hälfte der mitverkauften und aufgelassenen Grundstücke ungültig sind, 2. die ideelle Hälfte dieser Grundstücke zur Nachlaßmasse des E. herauszugeben. Die Revision ist für begründet erachtet. Dem Berufungsrichter ist zwar darin beizutreten, daß der Vater der Parteien durch die in dem mit seiner Ehefrau geschlossenen Erbvertrage enthaltene fideikommissarische Substitution auf den Überrest rechtlich behindert war, das Recht der Substituten auf die von seiner Ehefrau ererbte Grundstückshälfte durch Schenkungen zu vereiteln (§§ 468, 469, 632, 646, I. 12 A.L.R.) und daß auch die sogen. „gemischten Schenkungen" in dieser Beziehung zu den Schenkungen zu zählen sind. Auch seine auf thatsächlichen Erwägungen beruhende Annahme, daß der zwischen E. und der Beklagten geschlossene Kaufvertrag ungeachtet der darin ausbedungenen Gegenleistungen mit Rücksicht auf deren Mißverhältnis zu dem Werte des Kaufgegenstandes und die dadurch an den Tag gelegte Absicht, die Käuferin durch den überschießenden Betrag des Wertes zu bereichern, als eine gemischte Schenkung anzusehen ist, giebt an sich zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Das Berufungsurteil führt aber, indem es ohne weitere Unterscheidungen und ohne Würdigung der Rechtsverhältnisse aus dem mindestens zum Teil lästigen Vertrage die gemischten Schenkungen den einfachen gleich stellt, zu einem unhaltbaren Ergebnisse. Der Fall, in welchem das entgeltliche Geschäft nur zum Scheine abgeschlossen ist, um der Schenkung das äußere Ansehen eines wirksamen entgeltlichen Vertrages zu geben, ist von den gemischten Schenkungen auszuscheiden und nach den allgemeinen Regeln über Scheinverträge zu beurteilen. Wird z. B. ein Landgut für eine Mark oder zwar für einen höheren, aber nur geschriebenen, nicht gewollten Kaufpreis verkauft, um die Beobachtung der Formvorschriften für Schenkungen zu ersparen und die Gefahr des Widerrufes zu vermeiden, so ist nur das äußere Bild eines entgeltlichen Vertrages geschaffen, das entgeltliche Geschäft zum Scheine geschlossen, die wirklich gemachte Schenkung nur in die Form des Kaufes eingekleidet. Der Kauf besteht nicht, weil er nicht ernstlich gemeint ist; es liegt keine gemischte, sondern, nach Ablösung der falschen Einkleidung, eine reine Schenkung vor. Das ganze Geschäft unterliegt den Formvorschriften der Schenkung, deren Widerrufsgründen, dem hier in Frage stehenden Verbote des § 469, I. 12 A.L.R. Als gemischte Schenkung ist daher nur diejenige zu behandeln, die mit einem entgeltlichen Geschäfte verbunden ist und also neben letzterem auf den überschießenden Wert gelten soll. In einem solchen Falle ist das Geschäft schon nach seinem objektiven Inhalte gemischt, entgeltlich, soweit sich Leistung und Gegenleistung gegenüber stehen, unentgeltlich, soweit die eine die andere übersteigt. Der Unterschied zwischen Leistung und Gegenleistung allein reicht aber nicht aus, um dem an sich vorliegenden entgeltlichen Geschäft

den Charakter der gemischten Schenkung zu geben. Aus einem von beiden Teilen lediglich als Kauf beabsichtigten Vertrage kann nicht hinterher eine Schenkung bloß deshalb werden, weil sich herausstellt, daß der Kaufpreis hinter dem wahren Werte zurückbleibt. Wohl aber kann das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung einen thatsächlichen Schluß auch auf die weiter erforderliche Bereicherungsabsicht der Parteien begründen. Durch diese Absicht wird der Vertrag, der, soweit Leistung und Gegenleistung sich decken, ein entgeltlicher ist, hinsichtlich des überschießenden Betrages zur Schenkung. Aus dieser Begrenzung der gemischten Schenkung ergiebt sich einerseits, daß sie nur hinsichtlich des überschießenden Betrages, nur soweit sie als wirkliche Schenkung beabsichtigt war, dem Widerrufe oder der Anfechtung unterliegt. Andererseits kann der Beschenkte, wenn er sich den Widerruf oder die Anfechtung der gemischten Schenkung gefallen lassen muß, an das darin enthaltene entgeltliche Geschäft, das er ohne die damit verbundene Bereicherung nicht gewollt hat, wider seinen Willen nicht gebunden bleiben. Es muß also dem Beschenkten im Falle der gemischten Schenkung die Wahl gelassen werden, entweder beim Fortbestande des Geschäfts im übrigen den seine Gegenleistung übersteigenden Wert der Hauptleistung herauszugeben oder das ganze Geschäft rückgängig zu machen, gegen Rückgewähr des Gegebenen das Empfangene herauszugeben. Diesen Grundsätzen widerspricht die Entscheidung des Berufungsrichters in doppelter Beziehung. Da er den fraglichen Vertrag an sich als einen entgeltlichen betrachtet, so durfte er nicht dessen Ungültigkeit aussprechen und die Beklagte nicht zur Herausgabe der ideellen Hälfte der durch jenen und die folgende Auflassung erworbenen Grundstücke, noch dazu ohne jede Entscheidung über die der Beklagten vertragsmäßig obliegenden Gegenleistungen, verurteilen, sondern nur zur Erstattung des diese Gegenleistungen übersteigenden Mehrwertes der Grundstückshälfte. Aber auch diese Verurteilung durfte nur vorbehaltlich des Wahlrechts der Beklagten erfolgen, von dem ganzen auch die andere, der freien Verfügung des Vaters unterworfen gewesene Grundstückshälfte umfassenden Vertrage zurückzutreten.

Nr. 2538. V. Sen. 22. Januar 1887. V. 278. 86. Bd. 17, Nr. 54, S. 228.

Erfordernis der Genehmigung des Substituten zur Einziehung und Löschung einer vermachten mit der fideikommissarischen Substitution beschwerten Hypothek. (Preuß. R.). Der Fiduziar erwirbt als der „zuerst eingesetzte Erbe" beim Erbanfalle sofort das Eigentum der Erbschaft nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten (§ 288, I. 12; §§ 367, 368, I. 9 A.L.R.) und bleibt Eigentümer der Erbschaft bis dahin, daß der Zeitpunkt eingetreten ist, in welchem nach dem Willen des Erblassers der ihm fideikommissarisch nachgesetzte Erbe (§ 480, I. 12 A.L.R.) an seine Stelle tritt und Eigentümer der Erbschaft wird (§ 369, I. 9 A.L.R.). Solange der Fiduziar Eigentümer der Erbschaft ist, kann es nicht zugleich der Fideikommissar sein. Die Beschränkung des Eigentumsrechts des Fiduziars ist nur eine zeitliche, eine Beschränkung in der Dauer, nicht eine den Inhalt des Eigentumsrechts ergreifende. Der Fiduziar ist in den §§ 466, 467, I. 12 A.L.R. nicht auf die Rechtsstellung eines Nießbrauchers herabgedrückt, sondern es wird hier nur das Rechtsverhältnis bestimmt, wonach die Restitutionspflicht des Fiduziars gegenüber dem Fideikommissar bei dem Eintritte des Substitutionsfalles bemessen werden soll. Bis zu diesem Zeitpunkte steht dem Fideikommissar kein dingliches Recht an der Erbschaft zu, sondern nur ein persönliches auf dereinstige Herausgabe der Erbschaft gegen den Fiduziar, kein Eigentum, sondern nur ein Titel zum Eigentum. Der Fiduziar ist als der einzige und volle Eigentümer des Nachlasses Dritten gegenüber zu allen aus dem Eigentum fließenden Verfügungen befugt. Er bleibt zwar dem Fideikommissar für Überschreitungen in der Verwaltung und Nutzung der Erbschaft verantwortlich, der Fideikommissar kann aber erst dann, wenn er selbst Erbe und Eigentümer geworden ist, auch unbefugte Dispositionen des Fiduziars Dritten gegenüber anfechten. Der Fiduziar ist hiernach während der Dauer seines Rechts be-

fugt, über die Substanz der mit der Substitution beschwerten Sachen unter Lebenden zu verfügen. Er wird als Eigentümer der mit dem Fideikommisse belasteten Grundstücke im Grundbuche eingetragen und ist dadurch zu deren Veräußerung, Verpfändung und anderweiten Belastung legitimiert (§ 1, I. 8; §§ 15, 404, 405, I. 20; §§ 1, 19, I. 11 A.L.R., §§ 2, 13, 19 E.E.G. vom 5. Mai 1872). Die zur Erbschaft gehörigen Hypotheken und Grundschulden werden auf seinen Namen im Grundbuche umgeschrieben; er kann sie verpfänden und abtreten. Nr. 2539. Aus der zeitlichen Beschränkung des Eigentumsrechts des Fiduziars ergiebt sich aber von selbst, daß er nicht zu allen Verfügungen berechtigt sein kann, welche einem völlig unbeschränkten Eigentümer zustehen. Dadurch, daß ihm vom Erblasser bereits ein Erbe nachgesetzt worden, sind ihm alle Verfügungen verwehrt, welche über die Dauer seines Rechts hinaus zu wirken bestimmt sind, also insbesondere die Verfügungen von Todes wegen über die mit der Substitution beschwerte Erbschaft (§ 468, I. 12 A.L.R.) und von den Verfügungen unter Lebenden diejenigen, deren Natur der Beschränkung durch einen Endtermin widerstrebt. Bei dem Eigentum und der Hypothek trifft das Letztere nicht zu, deshalb darf der Fiduziar Grundstücke veräußern und verpfänden, sowie Hypotheken abtreten und verpfänden. Durch derartige Dispositionen wird die Existenz des Grundstücks und der Hypothek nicht gefährdet, der Fideikommissar bleibt gleichwohl imstande, beim Eintritt des Substitutionsfalles das Grundstück und die Hypothek von dritten Erwerbern zurückzuverlangen bezw. die Befreiung der Erbschaftsobjekte von den durch den Fiduziar darauf gelegten Lasten zu fordern. Anders steht es dagegen, wenn es sich um die Einziehung und Löschung einer Hypothekenforderung handelt. Durch die Zahlung wird die Forderung getilgt, durch die Löschung wird die Hypothek aufgehoben. Diese Akte dulden keinen Endtermin. Der Fiduziar darf daher Hypotheken, welche dem Fideikommissar zu restituieren sind, nicht einziehen und zur Löschung bringen. Da aber der Schuldner durch die Anordnung der Substitution nicht gehindert wird, von dem ihm zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch zu machen und auf Rückzahlung und Löschung zu dringen, so muß ein Ausweg gefunden werden, welcher die Einziehung und Löschung ermöglicht, ohne daß dadurch der Fideikommissar gefährdet wird. Die Einziehung zum Depositum ist ein unzureichendes Aushilfsmittel. Es bleibt nur übrig, die für den Nießbrauch gegebene Bestimmung des § 106, I. 21 A.L.R. anzuwenden. Der Fiduziar hat sich mit dem Fideikommissar ins Einvernehmen über die Wiederbelegung zu setzen und sein Einverständnis zu erzielen, daß an die Stelle der mit Genehmigung des Fideikommissars gelöschten Hypothek eine andere als mit der Substitution beschwert zu setzen ist. Dies ist wenigstens für das Singularfideikommiß festzuhalten, es bleibt dahingestellt, ob und inwieweit die Rechtsauffassung bei einem Universalfideikommiß eine andere sein kann. Nr. 2637.

Nr. 2539. V. Sen. 25. November 1885. V. 120. 85. Bd. 14, Nr. 75, S. 288.

Klage des Nacherben aus einem Veräußerungs- und Verpfändungsverbot. Erwerb des Hypothekenrechts. (Preuß. R.). Die Befugnisse des Fiduziars sind zunächst nach dem Inhalte der letztwilligen Verfügung zu beurteilen. Der Testator hat nun in Beziehung auf die Nachlaßgrundstücke die Auseinandersetzung, die Veräußerung und die Verschuldung seinen Erben auf ihre Lebenszeit ausdrücklich untersagt. Dies Verbot ist nach den §§ 15—17, I. 4; § 119, I. 17 A.L.R. unzweifelhaft zulässig, bindet jeden damit bekannt gewordenen Dritten und hindert den Erwerb entgegenstehender Rechte von vornherein. Vergl. § 582, I. 9; § 102, I. 4 A.L.R. Der mit dem Veräußerungsverbote beschwerte Erbe ist von Anfang an in der Verfügung über den unter das Verbot fallenden Teil der Erbschaft beschränkt und diese insoweit dem Verkehre entzogen, so daß ein Dritter daran Rechte nicht erwerben kann. Der von einem solchen erlangte Pfandtitel kann daher während des bestehenden Verbotes zum Erwerbe des Pfandrechts nicht führen. Da das Veräußerungs- und Verpfändungsverbot den

Nacherben die Nachlaßgrundstücke unbelastet erhalten soll, so folgt für jene aus diesem Inhalte ihres Anrechts die Befugnis, zur Sicherung desselben die Beseitigung der gleichwohl erfolgten widerrechtlichen Verpfändung auch vor dem Eintritt des Substitutionsfalles nicht nur gegen den Fiduziar, sondern unter Umständen auch gegen den Pfandnehmer klagend durchzuführen. Das Veräußerungsverbot ist eine Beschränkung des Eigentums an dem Grundstücke im Sinne des § 11 E.E.G. vom 5. Mai 1872. Nr. 1738. Nun war zwar zu der Zeit, als der Beklagte die Eintragung seiner Forderung nachsuchte, die in Rede stehende Beschränkung im Grundbuche nicht vermerkt. Unstreitig ist aber das Bestehen des Verbotes dem Beklagten am Tage nach Einreichung seines Eintragungsgesuches bei dem Gericht und vor der wirklichen Eintragung bekannt geworden. Da unleugbar das Hypothekenrecht erst durch die Eintragung erworben wird, so steht auch die vor der Eintragung gewonnene Kenntnis dem Erwerbe des Hypothekenrechts entgegen. Vergl. § 18 E.E.G. vom 5. Mai 1872. Die Zurückziehung der Entstehung der Hypothek auf die Zeit der Einreichung des Eintragungsgesuches hat zwar die Billigkeit für sich, kann rechtlich aber nicht bestehen. Die Zurückziehung darf nur in Ansehung der vom Gesetze vorschriebenen Wirkungen anerkannt werden §§ 17, 36 E.E.G. § 45 G.B.O. Nr. 2538. Nr. 1744. Nr. 3973.

Nr. 2540. IV. Sen. 11. Juni 1896. IV. 313. 95. Bd. 37, Nr. 52, S. 192.

Voraussetzungen und Rechtswirkungen eines Adoptionsvertrages. Quasipupillarsubstitution. (Gem. R.). Der am 1. September 1843 verstorbene Pächter W. in Z. in Neuvorpommern hatte außer der Ehe zwei Töchter mit verschiedenen Müttern erzeugt. Von der älteren Tochter Friederike, später verehelichten H., stammen die Beklagten als deren Kinder und Enkel ab. Die Mutter der anderen Tochter Namens Charlotte verheiratete sich später mit dem L., und aus dieser Ehe ist die Klägerin hervorgegangen. Der Pächter W. nahm seine beiden außerehelichen Töchter nach Ausweis der Bestätigungsurkunden des Oberappellationsgerichts in Greifswald vom 29. Januar 1830 an Kindesstatt an und setzte sie demnächst in seinem am 30. Januar 1834 errichteten Testamente zu Erben ein. Dabei wurde von ihm in § 5 dieses Testaments weiter verordnet: „Sollte meine Tochter Charlotte, ohne eheleibliche Nachkommenschaft zu hinterlassen, *vor mir* versterben, so soll deren Erbteil meiner Tochter Friederike, verehelichten H., oder, falls auch diese bereits vor mir verstorben sein sollte, deren hinterlassenen Kindern accrescieren und meine Tochter Friederike oder deren Kinder meine alleinige Erbin sein. Sollte meine Tochter Charlotte mich zwar überleben, jedoch *vor ihrem vierzehnten Lebensjahre* versterben, so ernenne ich meine älteste Tochter Friederike oder, falls selbige bereits mit dem Tode abgegangen sein sollte, deren Kinder zu *ihren* Erben und bestimme hiermit, daß diese sodann *meine* alleinige Erben sein und mein ganzes Vermögen in diesem Falle haben und erben sollen. Wenn aber meine Tochter Charlotte mich zwar *überleben*, jedoch unverehelicht oder ohne eheleibliche Nachkommenschaft zu hinterlassen, *nach vollendetem vierzehnten Lebensjahre* mit Tode abgehen sollte, so will ich, daß von dem ihr *von mir ererbten* Vermögen die *Hälfte* an meine ältere Tochter Friederike oder deren Kinder zurückfallen soll." Die jüngere Tochter Charlotte wurde schon bei Lebzeiten des Pächters W. geisteskrank und blieb deshalb auch nach erlangter Großjährigkeit unter Vormundschaft. Sie starb nach ihrer Mutter am 18. September 1892 unverheiratet und kinderlos. Ihr Nachlaß besteht aus demjenigen Vermögen, welches ihr bei der Teilung der Hinterlassenschaft des Adoptivvaters mit einem Wertbetrage von 128 732,66 Mk. zugefallen war, sowie aus den davon im Laufe der nachfolgenden Zeit ersparten Revenuenüberschüssen, durch deren Anwachsen sich der Wert des gesamten Nachlasses am 1. November 1892 auf 397 487,01 Mk. vermehrt hat. Dieser Nachlaß bildet den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites. Die Klägerin, welche anerkennt, daß den Beklagten ein fideikommissarischer Anspruch in Höhe der Hälfte des durch Erbgang vom Pächter W. ur-

sprünglich der Charlotte W. zugefallenen Vermögens mit 64 366,33 Mk. nebst den davon seit dem Tode der Charlotte W. aufgekommenen Zinsen zusteht, beansprucht im übrigen den Nachlaß für sich allein. Dementsprechend hat sie ihr Klagbegehren gestellt, wogegen von der anderen Seite widerklagend beantragt worden ist, die Klägerin zu verurteilen, darin zu willigen, daß der gesamte Nachlaß von dem bestellten Nachlaßpfleger an die Beklagten herausgegeben werde. Der Berufungsrichter hat die Beklagten unter Abweisung ihrer Widerklage nach dem Klagantrage verurteilt. Die Revision der Beklagten ist zurückgewiesen. Der Berufungsrichter geht mit Recht davon aus, daß bei Beurteilung der von beiden Seiten erhobenen Erbansprüche lediglich die Grundsätze des gemeinen Rechts, wie es in Neuvorpommern gilt, anzuwenden sind. Dem Berufungsrichter ist im Endergebnis auch darin beizutreten, daß die von der Klägerin bestrittenen Ansprüche der Beklagten unbegründet sind. Auf Grund der vorliegenden testamentarischen Anordnungen können seitens der Beklagten bezüglich des Nachlasses der Charlotte W. umfassendere Ansprüche nicht erhoben werden, als ihnen von der Klägerin zugestanden sind. Der Berufungsrichter führt in dieser Beziehung zutreffend aus, daß der Testator nur zwei Fälle im Auge gehabt habe, in denen der ganze Nachlaß an die verehelichte H. oder an deren Nachkommen gelangen sollte, nämlich erstens den Fall, wenn Charlotte W. kinderlos vor ihm versterben sollte, und zweitens den Fall, wenn sie zwar nach ihm, aber vor zurückgelegtem vierzehnten Lebensjahre vom Tode ereilt werden möchte; während im übrigen zu Gunsten der verehelichten H. und deren Nachkommen eine fideikommissarische Substitution nur bezüglich der einen Hälfte des auf die Charlotte W. vererbten Vermögens angeordnet worden sei. Nach diesen nicht zu beanstandenden Ausführungen erscheint es unbedenklich, daß den Beklagten auf Grund der angeordneten fideikommissarischen Substitution Ansprüche nur in Höhe der Hälfte des vom Pächter W. auf dessen Tochter Charlotte vererbten Vermögens zustehen. Die von den Beklagten erhobenen weitergehenden Ansprüche können auch nicht darauf gestützt werden, daß in dem Testamente des Pächters W. eine zu Gunsten der verehelichten H. und deren Nachkommenschaft getroffene Quasipupillarsubstitution zu finden sei. Das Testament enthält überhaupt keine Bestimmung für den Fall, daß Charlotte W. in Geisteskrankheit verfallen würde. Überdies fehlt jeder Anhalt dafür, daß der Pächter W. zur Zeit der Testamentserrichtung, im Jahre 1834, Veranlassung gehabt habe, an die Möglichkeit einer Geisteskrankheit seiner Tochter Charlotte zu denken, vielmehr ist seitens der Beklagten selbst die Behauptung aufgestellt worden, daß Charlotte W. bald nach ihrer im Jahre 1839 erfolgten Einsegnung (also ungefähr fünf Jahre nach Errichtung des Testaments) von der Geisteskrankheit befallen worden sei. Trotzdem sind die Beklagten der Meinung, daß mit Rücksicht auf die zu Gunsten der verehelichten H. und deren Nachkommenschaft im § 5 des Testaments angeordnete Bulgar- und Pupillarsubstitution die gesetzliche Vermutung Platz greifen müsse, der Testator habe im Wege der stillschweigenden Quasipupillarsubstitution für seine Tochter Charlotte jene Bulgar- und Pupillarsubstituten als Erben ernennen wollen. Dies kann aber als richtig nicht anerkannt werden. Bezüglich der eigentlichen Pupillarsubstitution geht allerdings die herrschende Lehrmeinung dahin, daß eine derartige Substitution auch stillschweigend erfolgen könne, indem im Zweifel anzunehmen sei, daß der Testator nicht bloß eine Bulgarsubstitution, sondern auch eine Pupillarsubstitution habe anordnen wollen und umgekehrt. Auch haben einzelne Rechtslehrer bis in die neueste Zeit die Ansicht vertreten, daß die gleiche Vermutung für eine Quasipupillarsubstitution sprechen müsse. Eine solche Anwendung jener Rechtsvermutung erscheint jedoch unzulässig, da die fragliche Vorschrift, welche an sich nur für die eigentliche Pupillarsubstitution gegeben ist, den sonst geltenden Auslegungsregeln gegenüber sich als eine Ausnahmebestimmung darstellt und im Hinblick auf die Fassung der c. 9 Cod. de imp. et al. subst. 6, 26 und des § 1 Inst. de pup. subst. 2, 16 kein ausreichender Grund dazu vorliegt, jene singuläre Vorschrift auch auf das nicht völlig

gleichartige Rechtsinstitut der Quasipupillarsubstitution auszudehnen. Hiernach kann unerörtert bleiben, ob der Testator überhaupt befugt gewesen wäre, unter Beiseiteschiebung der leiblichen Halbgeschwister der Charlotte W. deren Nachlaß seiner anderen Adoptivtochter oder deren Nachkommen im Wege der Quasipupillarsubstitution zuzuwenden. — Auch auf ein gesetzliches Erbrecht können sich die Beklagten nicht berufen. In dieser Richtung wird von ihnen geltend gemacht, der Pächter W. habe seine beiden unehelichen Töchter nicht nur adoptiert, sondern auch legitimiert gehabt. Dies Letztere ergiebt sich jedoch aus den über den fraglichen Rechtsakt ausgestellten Urkunden vom 29. Januar 1830 nicht. Was die rechtliche Wirkung der hiernach allein vorliegenden Annahme an Kindesstatt betrifft, so hatte der erste Richter den vorgenommenen Rechtsakt für ungültig erachtet, weil eine Arrogation unehelicher Kinder seitens des Erzeugers nach gemeinem Recht nicht rechtswirksam sei. Diese Ansicht ist jedoch vom Berufungsgericht gemißbilligt worden, weil nach dem heutigen Stande der Theorie und Praxis des gemeinen Rechts die Zulässigkeit solcher Arrogationen als anerkannt angesehen werden dürfe. Dem ist beizutreten. Nr. 2421. Angriffe sind hiergegen auch nicht erhoben. Vielmehr haben sich die Beklagten selbst auf die Adoption der beiden unehelichen Kinder berufen und auszuführen versucht, daß dadurch zwischen diesen Adoptivkindern ein Geschwisterverhältnis und infolgedessen auch zu Gunsten der Beklagten ein Intestaterbrecht begründet worden sei. Wenn die Beklagten damit haben behaupten wollen, daß ihnen als Nachkommen der verehelichten H., die schon früher verstorben zu sein scheint, ein unmittelbares gesetzliches Erbrecht noch der Charlotte W zuzusprechen sei, so würde diese Rechtsansicht schon aus dem Grunde ohne Weiteres als irrig bezeichnet werden müssen, weil der Pächter W. durch die Adoption der verehelichten H. die väterliche Gewalt über deren eheliche Descendenten nicht erlangen konnte und daher die Beklagten für ihre Person in den Kreis der Agnaten des Adoptierenden überhaupt nicht eingetreten sind. Aber auch in dem Falle, wenn die verehelichte H. erst nach der Erblasserin Charlotte W. verstorben sein sollte, würde ein gesetzlicher Anspruch auf den streitigen Nachlaß den Beklagten durch Vererbung oder Transmission nicht haben zufallen können, da die verehelichte H. ebenfalls in keinem agnatischen Verhältnis zu der Erblasserin gestanden hat und daher gleichfalls nicht erbberechtigt war. In dieser Beziehung ist zwar dem Berufungsrichter darin nicht beizutreten, daß nach heutigem gemeinen Recht durch Adoption oder Arrogation ein agnatisches Verhältnis zwischen dem angenommenen Kinde und den Agnaten des Adoptivvaters in keinem Falle begründet werde. Nr. 2422. Dagegen muß anerkannt werden, daß in der gemeinrechtlichen Praxis das Bestreben hervorgetreten ist, einerseits die adoptio plena und minus plena und andererseits die Arrogation und die Adoption im engeren Sinne miteinander zu verschmelzen. Auch ist zuzugeben, daß in Fällen, wo nicht in väterlicher Gewalt stehende Personen von einem Manne an Kindesstatt angenommen werden, diejenigen Wirkungen, die nach römischem Recht mit der Arrogation schlechthin verbunden sind, nicht immer im vollen Umfange eintreten, sondern daß die rechtlichen Wirkungen der Annahme an Kindesstatt auch in Fällen, in denen die Voraussetzungen der Arrogation vorliegen würden, darauf beschränkt werden können, daß dem Willen der Beteiligten und der mitwirkenden Behörde entsprechend lediglich dem Adoptivvater und dem angenommenen Kinde Rechte entstehen. Dieser Gesichtspunkt trifft hier zu. In den maßgebenden Bestätigungsurkunden, die unter Vermeidung des Ausdruckes „Arrogation“ nur von einer „Adoption und Annahme an Kindesstatt“ sprechen, ist ausdrücklich bemerkt worden, daß die der verehelichten H. bezw. der Charlotte S. erteilten Rechte eines vom Pächter W. in der Ehe erzeugten Kindes „rücksichtlich seiner“ mit dem Rechte der Succession in sein Vermögen bestätigt würden. Dieser Zusatz konnte nur eine beschränkende Bedeutung haben. Im Hinblick hierauf ist die durch Urkundenauslegung gewonnene Feststellung des Berufungsrichters nicht zu beanstanden, daß Charlotte S. W. und die verehelichte H., die nach der vom Ober-

appellationsgericht gebrauchten Wendung, der Bitte des W. entsprechend, die Rechte von ehelichen Kindern nur „rücksichtlich seiner" erlangt haben, zu einander in das Verhältnis von Halbgeschwistern nicht getreten sind.

Nr. 2541. VI. Sen. 7. November 1895. VI. 247. 95. Bd. 36, Nr. 47, S. 192.

Erfordernisse des Thatbestandes eines Urteils. Anspruch des Fideikommissars gegen den Fiduziar auf Offenlegung des Nachlasses. (Reichs- und gem. R.). In erster Instanz wurde die Beklagte verurteilt, der Klägerin genaue Auskunft darüber zu geben, worin der Nachlaß ihres verstorbenen Ehemannes (das Samtgut der Eheleute E.) zur Zeit des Todes ihres Ehemannes bestanden habe oder jetzt bestehe, und die Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Auskunft auf Verlangen der Klägerin eidlich zu erhärten; auf die Berufung der Beklagten wurde dagegen die Klage vom Berufungsgericht als unbegründet abgewiesen. Auf die Revision der Klägerin ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Zunächst enthält das Berufungsurteil außer der Feststellung der Berufungseinlegung und des Berufungsantrages lediglich eine Kritik des Urteils der ersten Instanz, weder eine Darstellung des Sach- und Streitstandes noch eine Feststellung der in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge noch irgend eine Feststellung der mündlichen Vorträge der Parteien. Das Sitzungsprotokoll enthält nur die Konstatierung, daß die Parteien ihre Anträge aus den vorbereitenden Schriftsätzen verlesen und zur Sache verhandelt haben. Das Urteil enthält somit keinen Thatbestand im Sinne des § 284 Nr. 3 C.P.O. Im Urteile ist ferner gesagt: „Im § 1 konstatiert der Testator, daß er, wie früher mit seiner verstorbenen ersten, ihm in Lehe angetrauten, so auch mit seiner zweiten Frau nach bremischem Güterrechte lebe." Das Testament enthält kein Wort über den Güterstand der ersten Ehe. Auch anderweit ist nicht ersichtlich, aus welcher Quelle das Berufungsgericht seine Feststellung über den Güterstand der ersten Ehe geschöpft hat. Wollte man nun auch annehmen, daß der Inhalt der Vorträge der Parteien sich im allgemeinen mit dem Inhalt der Schriftsätze gedeckt habe, so liegt doch die Verwertung einer nicht unerheblichen Thatsache vor, für deren Feststellung es an jeder ersichtlichen Grundlage mangelt. Gemäß dem das Verfahren beherrschenden Grundsatze der Mündlichkeit (§ 119 C.P.O.) darf der Berufungsrichter nur denjenigen Thatbestand seiner Entscheidung zu Grunde legen, der ihm selbst vorgetragen ist. Nach § 285 C.P.O. liefert der Thatbestand rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis. Für die Entscheidung des Revisionsgerichts sind aber gemäß § 525 C.P.O. die in dem angefochtenen Urteil festgestellten Thatsachen maßgebend. Dem Revisionsgericht fehlt somit eine ausreichende sichere Grundlage der Entscheidung. Die Aufhebung des Urteils würde sich daher schon auf Grund dieses formellen Mangels rechtfertigen. Als bremische Samtgutswitwe würde ferner die Beklagte ihrer Stieftochter, somit auch deren Erben gegenüber, von Einkindschaft ist nirgends die Rede, zur Abschichtung verpflichtet sein. Die Beklagte hat somit das Recht auf den Besitz und die Nutzung des ganzen Nachlasses nur als Fiduziarerbin. Hat der Fideikommissarerbe ein Recht auf Inventarisation und Manifestation des Nachlasses, so darf die Frage nicht, wie das Berufungsgericht thut, so gestellt werden, ob es im Willen des Testators gelegen habe, seinen Kindern das Recht einzuräumen, die Manifestation des Nachlasses zu verlangen; es fragt sich vielmehr, ob er ihnen das Recht nehmen konnte und wollte und ob er diesen Willen in einer Bestimmung kundgegeben habe. In der Rechtsprechung ist nun anerkannt, daß der Fideikommissar ein von der Kautionspflicht unabhängiges Recht auf Inventarisation und Manifestation des Nachlasses hat (c. 22 § 10 Cod. de jur. delib. 6, 30); es wird sogar angenommen, daß selbst in dem Falle, wenn der Testator die Errichtung des Inventars ausdrücklich erlassen hat, hierunter nur der Erlaß eines solennen Inventars verstanden werde, mithin der Fideikommissar nicht gehindert sei, mindestens die Herausgabe einer Designation des Nachlasses zu verlangen. Als geltendes Recht wird auch vom Reichs-

gericht anerkannt, die Ausbildung, die den Grundsätzen über die Manifestationspflicht eines Schuldners durch die Praxis im Anschlusse an die c. ult. (22) Cod. de jure delib. 6, 30 und einige andere singuläre Bestimmungen des späteren römischen Rechts gegeben worden sei, habe unter Anderem dahin geführt, daß demjenigen, der ein in seinem Besitze befindliches Vermögen oder einen aliquoten Teil eines solchen einem Anderen herauszugeben habe, zu diesem Behufe die Vorlegung eines auf Verlangen eidlich zu bestärkenden Vermögensverzeichnisses obliege, falls dem Berechtigten eine ausreichende eigene Kenntnis der Bestandteile des Vermögens nicht zuzuschreiben sei. Vergl. Motive zum Entw. eines B.G.B. für das Deutsche Reich Bd. 2, S. 893 zu § 777. Nr. 2518. Nr. 2562. Für das preußische Recht ist im Falle Nr. 2535 ausgesprochen, daß auch beim Fideikommiß des Überrestes zum Ausschluß der Inventarspflicht eine besondere Bestimmung des Testators erforderlich sei. Ist auch nach gemeinem Recht die Inventarspflicht des Fiduziars gegenüber dem Fideikommissar begründet, wie sie § 470, I. 12 A.L.R. bestimmt, so treffen die Gründe der zuletzt gedachten Entscheidung auch für das gemeine Recht zu. Die Wahrung der dem Substituten zustehenden Ansprüche an den Nachlaß setzt zum mindesten die Kenntnis desselben voraus. Das Berufungsgericht ist demnach in seiner Entscheidung auch von einer unrichtigen Rechtsauffassung ausgegangen, wenn es annimmt, daß die Frage, ob nach gemeinem Recht dem Fiduziar eine Auskunft über den Bestand des Nachlasses den Noterben gegenüber im allgemeinen obliegen möge, keiner Erörterung bedürfe.

Vermächtnis.

Nr. 2542. II. Hilfs-Sen. 21. Februar 1881. V^{a}. 542. 80. Bd. 4, Nr. 72, S. 261.

Legat einer fremden Sache. § 384, I. 12 A.L.R. (Preuß. R.). Der § 4 Inst. de leg. II. 20 entscheidet lediglich die Frage, ob der Belastete zum Zwecke der Verschaffung oder Gewährleistung der Sache einen Aufwand aus dem übrigen Nachlasse zu machen verpflichtet sei, dagegen läßt sich aus ihm keineswegs die völlige Ungültigkeit des Legates herleiten, vielmehr sind die Erben zu Leistungen, die sie ohne solchen Aufwand zu gewähren vermögen, namentlich zu Übertragung des Besitzes der im Nachlasse befindlichen Sache an den Legatar verbunden, und dieser tritt in betreff aller Vorteile, die der Besitz der Sache dem Testator gewähren konnte, als Singularsuccessor an dessen Stelle, es geht auf ihn also namentlich der Usucapionsbesitz und die Publicianische Klage über, er bleibt auch im Besitze und Genusse, wenn der Eigentümer keine Klage anstellt oder den Beweis seines Eigentums nicht zu führen mag, er kann sich mit demselben vergleichen, und es gehen auf ihn die Ansprüche auf etwaige Gegenleistungen über, zu denen der Eigentümer gegen Herausgabe der Sache verpflichtet ist. Jedenfalls läßt sich aus dem Irrtum des Testators über das Eigentum der vermachten Sache ein Zweifel über seine Willensmeinung nicht herleiten, daß die mit dem Besitz der Sache verbundenen Vorteile dem Legatar zukommen sollen. Es ist daher ein solches Legat keineswegs nichtig oder ungültig. Die Ungenauigkeit des Ausdrucks hat sich aus der gemeinrechtlichen Doktrin auch auf die Fassung des § 384, I. 12 A.L.R. übertragen und dadurch Veranlassung zu der irrigen Meinung gegeben, daß durch denselben das Legat einer fremden Sache im Fall der Unkenntnis des Testators in jeder Beziehung habe für unwirksam erklärt werden sollen. Daß es vielmehr die Absicht des Gesetzgebers gewesen ist, lediglich die Verpflichtung der Erben zu einem anderweitigen Aufwande aus dem Nachlasse behufs Beschaffung der Sache zu normieren, geht aus dem Zusammenhange des § 384 mit § 377 a. a. O. hervor und findet eine Stütze im § 385 und § 301 a. a. O.

Nr. 2543. IV. Sen. 9. November 1893. IV. 186. 93. Bd. 32, Nr. 55, S. 227.

Form eines Vermächtnisses über den zwanzigsten Teil des Nachlasses. (Preuß. R.). Zur Gültigkeit der in § 161, I. 12 A.L.R. gedachten Disposition ist nach § 162 a. a. O. die „Beifügung des Jahres und Tages, wo sie errichtet worden, notwendig“. Das Gesetz

macht sonach ausdrücklich die Gültigkeit des außergerichtlichen Vermächtnisses von der Beifügung des Jahres und Tages der Errichtung abhängig. Ein Kodizill, das bloß das Jahr und den Monat der Errichtung enthält, ist also ungültig, denn es fehlt die Beifügung des Tages. In dem vorliegenden Kodizill ist aber nur das Jahr und der Monat („im Juni 1890") beigefügt. Der Tag der Errichtung ist gar nicht weder genau noch, wie die Revision meint, ungenau angegeben. Die Ausführung der Revision, die „genauere" Angabe des Tages erscheine hier unwesentlich, da der Aussteller eine andere letztwillige Verordnung nicht hinterlassen habe, ist mithin unzutreffend. Sie scheitert an den eine andere Deutung ausschließenden Worten des Gesetzes. Das Gesetz will nicht bloß den Gegenbeweis gegen eigenhändig geschriebene und unterschriebene Kodizille erleichtern, sondern es macht die Beobachtung der vorgeschriebenen Form zur Bedingung ihrer Gültigkeit; der Gesetzgeber hätte die Beifügung des Jahres und Tages vorschreiben können, ohne die Gültigkeit der Disposition davon abhängig zu machen. Ob in einem solchen Falle die Unterlassung der Beifügung des Tages der Errichtung die Ungültigkeit des Vermächtnisses zur Folge hätte, kann dahingestellt bleiben. Der positiven Vorschrift gegenüber ist die Thatsache, daß ein zweites Kodizill nicht errichtet ist, bedeutungslos. Und andererseits mußte, da das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht offenbar und ohne Rechtsirrtum als zweifellos ansieht, daß der Tag der Errichtung des Kodizills darin nicht angegeben sei, auch die Möglichkeit der Anwendung des § 519, I. 12 A.L.R. ausgeschlossen bleiben.

Nr. 2544. III. Sen. 23. Januar 1894. III. 229. 93. Bd. 32, Nr. 41, S. 159.

Bedeutung des Eides des beschwerten Erben für die Klarstellung des Oralfideikommisses. (Gem. R.). Das Berufungsgericht hat in Anwendung der Vorschrift der c. 32 Cod. de fideic. 6, 42 und des § 12 Inst. de fideic. hered. 2, 23 den in erster Linie vom Kläger angetretenen Zeugenbeweis über die dem Beklagten als beschwertem Erben gewordene Fideikommißauflage unerhoben gelassen und die Entscheidung lediglich von dem in zweiter Linie dem Beklagten über diese Auflage zugeschobenen Eide abhängig gemacht. Wie auch der Revisionskläger annimmt, hängt die Entscheidung von Beantwortung der Frage ab, ob die römischrechtliche Vorschrift rücksichtlich des beim Oralfideikommiß allein in Betracht kommenden Eides des Onerierten dem materiellen Recht oder, als Beweisvorschrift, dem Prozeßrecht angehört. Im ersteren Falle wird sie durch den § 14 Nr. 2 des E.G. zur C.P.O. nicht berührt, im letzteren Falle wird durch diesen Paragraphen die von Justinian angeordnete Ausschließlichkeit des Eides beseitigt (vergl. Nr. 416). Veranlaßt durch die wenig klare Fassung der erwähnten Justinianischen Gesetze, namentlich der c. 32 Cod. a. a. O. hat über die Natur des darin erwähnten Eides und der darauf bezüglichen Vorschrift seit langem Streit obgewaltet. Der erkennende Senat hat sich in Übereinstimmung mit einer Mehrzahl von Gerichtshöfen für die materiellrechtliche Natur des Eides entschieden. Als Ersatz für die mangelnde Form der Errichtung ist eine bestimmte Form für die spätere Geltendmachung des Vermächtnisses angeordnet, wobei lediglich der Gewissenhaftigkeit der Beschwerten Rechnung getragen und für deren Beobachtung eine verstärkte Garantie dadurch geschaffen wird, daß er sich nicht schon durch sein Ableugnen frei machen kann, sondern solches eidlich zu erhärten hat. Der in Frage stehende Eid ist also nicht Beweismittel, sondern Voraussetzung für den materiellen Bestand des Vermächtnisses; daß die C.P.O. einen derartigen Eid nicht kennt, ist gleichgültig, denn in der festgestellten Eigenschaft ist er von prozessualen Vorschriften überhaupt unabhängig.

Nr. 2545. III. Sen. 20. März 1883. III. 387. 82. Bd. 8, Nr. 49, S. 189.

Bedingte Vermächtnisse. Cession. (Gem. R.). Nach unzweifelhaften Aussprüchen der Quellen des gemeinen Rechts (vergl. l. 5 § 2 Dig. quando dies leg. 36, 2) kann bei (suspensiv) bedingten Vermächtnissen der Erwerb (dies legati cedens) nicht vor dem

Eintritt der Bedingung erfolgen; erst mit diesem Momente erwirbt der Legatar und zwar, da das Universalfideikommiß unter den gleichen allgemeinen Bestimmungen steht wie das Singularvermächtnis, sowohl der Singular- als der Universalvermächtnisnehmer, das Recht auf das Vermächtnis dergestalt, daß er es auf seine Erben überträgt bezw. so, daß der alsdann erfolgende Tod des Legatars der rechtlichen Wirksamkeit des Legates nicht mehr schadet (vergl. l. 5 pr. Dig. qu. dies leg. 36, 2). Anlangend die Cession eines dergestalt bedingten Vermächtnisses, so kann jedenfalls in l. 41 Dig. de condit. 35, 1 ein besonderes positives Verbot der Cession nicht gefunden werden. Man ist also nicht gehindert, auf derartige Cessionen die aus der Natur der Verhältnisse fließenden Rechtssätze zur Anwendung zu bringen, wonach sich Folgendes ergiebt. Nicht bloß die ungewissen Forderungen oder die Ansprüche auf einen bloß möglichen Gewinn, sondern schon die bloße Aussicht auf künftige und mögliche Forderungen können Gegenstand eines Verkaufes, einer Schenkung, einer Cession sein. Vergl. c. 3 Cod. de don. 8, 54. Das Verhältnis, das für den Legatar aus einem bedingten Legate entsteht, ist während schwebender Bedingung nichts weiter als eine Aussicht, eine bloße Hoffnung, eine spes futurae actionis. Nichtsdestoweniger kann sie aber zum Gegenstande einer Cession dienen, da der Cessionar auch Herr einer aleatorischen Forderung und selbst einer bloßen Forderungserwartung zu werden imstande ist. Die Cession eines suspensiv bedingten Vermächtnisses ist daher an sich gültig und kann auch zu einem für den Cessionar klagbaren Anspruche dann führen, wenn der Cedent (Legatar) die Erfüllung der Bedingung erlebt, umgekehrt aber verliert, wenn der Cedent während schwebender Bedingung stirbt, mit dem Legate selbst auch dessen Cession jede Rechtswirkung. Ein Hindernis für die rechtliche Wirksamkeit der Cession des bedingten Vermächtnisses bildet der Umstand nicht, daß die Cession die Veräußerung eines Erbschaftsvermächtnisses enthielt und zur Zeit ihrer Vornahme der onerierte Erbe noch gelebt hat. Denn die c. 30 Cod. de pactis 2, 3, die das Verbot der Veräußerung von Erbschaften noch lebender Dritter neuestens reguliert hat (Nr. 304), spricht ausschließlich nur von hereditates. Eine ausdehnende Interpretation des Gesetzes in der Weise, daß die c. 30 cit. auch auf Vermächtnisse bezogen würde, läßt sich aber nicht rechtfertigen, da es sich um ein Spezialgesetz handelt, das rein positiver Natur ist. Nr. 2565.

Nr. 2546. IV. Sen. 28. Februar 1884. IV. 490. 83. Bd. 11, Nr. 56, S. 258.

Vermächtnis im wechselseitigen Testamente. Zeitpunkt des Erwerbes. (Preuß. R.). Die Eheleute M. hatten in ihrem gemeinschaftlich errichteten Testamente sich wechselseitig zu Erben eingesetzt, fideikommissarische Substitutionen angeordnet, dem W. ein Vermächtnis in einer bestimmten Summe, zahlbar sechs Monate nach dem Tode des letztlebenden der Ehegatten M., ausgesetzt und gleichzeitig bestimmt, daß, wenn W. vor ihnen verstürbe, das Vermächtnis nicht ungültig, sondern den Erben des W. zufallen solle. Der Ehemann M. starb zuerst. Nachdem das Testament eröffnet und die Witwe M. die Erbschaft aus dem Testamente angetreten hatte, cedierte W. den Anspruch auf die vermachte Summe an den Beklagten. Hierauf starb W. und demnächst die Witwe M. Nunmehr erhoben die Erben des W. gegen den Cessionar Klage auf Ungültigkeitserklärung der Cession. In der Berufungsinstanz wurde die Klage abgewiesen. Die Revision war ohne Erfolg. Die Witwe M. war an das Vermächtnis gebunden. § 492, II. 1 A.L.R. Das Vermächtnis ist als ein einheitliches aufzufassen. Daher kann für dasselbe nur ein Zeitpunkt des Anfallens und des damit eintretenden Erwerbes angenommen werden. Der fragliche Zeitpunkt kann aber nur derjenige sein, in welchem der Vermächtnisnehmer ein unentziehbares Recht auf den Gegenstand des Vermächtnisses erlangt, wenn auch der Fälligkeitstermin der Entrichtung desselben damit noch nicht eingetreten ist. Jener Erwerb ist daher mit dem Tode des Ehemannes M. und der Annahme der Erbschaft aus dem Testamente seitens der Witwe M. als erfolgt anzusehen. Nr. 2547.

Nr. 2547. III. Sen. 28. November 1890. III. 158. 90. Bd. 27, Nr. 34, S. 148.

Zeitpunkt des Erwerbes des in einem wechselseitigen Testamente von Eheleuten gemeinschaftlich ausgesetzten Vermächtnisses. (Gem. R.). Die Entscheidung im Falle Nr. 2546 beruht lediglich auf der Grundlage des preußischen A.L.R. und ist in der vorliegenden nach gemeinem Rechte zu beurteilenden Rechtssache nicht maßgebend. Die Vorschriften in l. 79, § 1 Dig. de condition. 35, 1 und l. 4 pr. Dig. quando dies leg. ced. 36, 2 enthalten nicht zwingendes Recht, sondern nur Auslegungsregeln, aus denen zu entnehmen ist, daß nach römischem Recht ein auf die Todeszeit des Erblassers gestelltes Legat im Zweifel als bedingtes beurteilt wurde. Hier ist die getroffene Disposition an sich klar und giebt zu thatsächlichen Zweifeln keinen Anlaß. Beide Eheleute haben sich gegenseitig zu Universalerben eingesetzt und zugleich für den Fall des Ablebens des Zuletztverstorbenen gemeinsam zur Succession in den Gesamtnachlaß einen Nacherben berufen, dem bestimmte Legate an bestimmt benannte einzelne Personen auferlegt sind. Es handelt sich daher nur um die rechtliche Beurteilung dieser Dispositionen. Für Fälle der vorliegenden Art ist nach gemeinem Recht davon auszugehen, daß die über den Gesamtnachlaß ihrem Wortlaute nach von beiden Ehegatten getroffene Disposition in Wahrheit so zu beurteilen ist, daß jeder Ehegatte für den Fall disponiert hat, daß er selbst der Längstlebende sein werde, gleichwie die Verfügung der gegenseitigen Einsetzung zum Erben von jedem Testator nur für den Fall getroffen ist, daß der Verfügende zuerst sterben werde. Folgeweise ist mit dem Tode des Erstverstorbenen und dem Erbschaftsantritte seitens des Überlebenden die Verfügung des Ersteren erledigt, abgesehen von dem aus der Korrespektivität des Testamentes folgenden rechtlichen Gebundensein des Überlebenden, während nunmehr die Verfügung des Längstlebenden über den Gesamtnachlaß in Kraft tritt. Er ist allein Erbe des Erstverstorbenen geworden, und der gemeinsam berufene Nacherbe wird allein sein direkter Erbe bezüglich des gesamten Nachlasses, nicht zum Teil Universalfideikommissar. Der dies cedens legati konnte daher für den Legatar erst mit dem Tode des längstlebenden Ehegatten eintreten, und es war, wenn er diesen Zeitpunkt nicht erlebt hat, eine weitere Vererbung des ihm ausgesetzten Legates nicht möglich. Nr. 2603.

Nr. 2548. IV. Sen. 24. April 1888. IV. 21. 88. Bd. 21, Nr. 51, S. 279.

Vermächtnis unter Verbot der Religionsänderung. § 63, I. 12; §§ 9, 136, I. 4 A.L.R. (Preuß. R.). Die in der letztwilligen Verfügung den Legataren auferlegte Bedingung betreffend die Beibehaltung der katholischen Religion ist für nicht beigefügt zu erachten. In diesem Sinne ist die im gemeinen Recht streitige Frage für das preußische Recht bestimmt entschieden. Schon die Kabinetsordre vom 4. November 1786 setzte fest, daß die in letztwilligen Verordnungen mit Zuwendung einer Erbschaft, eines Vermächtnisses oder eines anderen Vorteiles verbundene Bedingung, bei der jüdischen Religion zu beharren oder nicht zur christlichen Religion überzugehen, für nicht geschrieben und unverbindlich zu erachten. Auch die Redaktoren des Landrechts gingen von der Ansicht aus, daß die einer Willenserklärung beigefügte Bedingung, seine Religion zu ändern oder beizubehalten, unerlaubt sei, und gaben dieser Ansicht durch Abfassung der oben bezeichneten gesetzlichen Vorschriften Ausdruck. Daß der Ansicht der Redaktoren entsprechend die einschlägigen Bestimmungen des Landrechts zu verstehen sind, bestätigt die Kabinetsordre vom 12. Juni 1804. Die Lehrbücher des preußischen Rechts stimmen daher darin überein, daß nach dem A.L.R. die Verbindung von Vorteilen mit der Pflicht zur Änderung oder Nichtänderung der Religion in der Regel als unsittlich gelten müsse. Zu einer von der Regel abweichenden Beurteilung giebt der vorliegende Fall keinen Anlaß. Denn nach der Auslegung des Berufungsrichters verlangt die fragliche letztwillige Anordnung nicht als eine dem Erblasser genehme thatsächliche Voraussetzung den Bestand des katholischen Bekenntnisses auf seiten der Bedachten, sondern läßt die Absicht der Beeinflussung und der Bedrückung der Gewissensfreiheit deutlich erkennen.

Nr. 2549. II. Sen. 22. September 1891. II. 137. 91. Bd. 28, Nr. 87, S. 376.

Wirksamkeit des dem Vermächtnisnehmer für die Dauer eines Menschenalters auferlegten Verbots der Veräußerung, Verpfändung oder Vermietung einer vermachten Liegenschaft. (Rhein. R.). Das Berufungsgericht hat rechtlich darin nicht geirrt, daß es die von dem Testator dem Vermächtnis seiner Besitzung an die Kläger beigefügte Bestimmung, es dürfe die Liegenschaft während 35 Jahre nach seinem Tode weder veräußert noch verpfändet, noch vermietet werden, als gegen eine absolut gebietende bezw. verbietende Gesetzesvorschrift des badischen Rechts verstoßend und deshalb für rechtsunwirksam erachtet hat. Das französisch-badische Gesetz ist von dem Grundsatze der Verkehrsfreiheit auf dem Gebiete der vermögensrechtlichen Bewegung beherrscht, was in einer Reihe einzelner Gesetzesbestimmungen z. B. der Beschränkung der Verschiebung der Erbteilung auf die Dauer von fünf Jahren (L.R.S. 815 Abs. 2), der Beschränkung des Wiederkaufsrechts auf dieselbe Zeitdauer (L.R.S. 1660), dem Verbote der Aftererbsetzung (L.R.S. 896) zum Ausdruck gekommen ist; eine solche Gebundenheit hinsichtlich der Verfügbarkeit über eine Liegenschaft, wie sie vom Testator angeordnet ist, erscheint nicht etwa bloß als der Rechtsordnung des Großherzogtums Baden nicht entsprechend, sondern als ihr in der Weise widersprechend, daß sie als einem absoluten Verbote des badischen Rechts zuwiderlaufend sich darstellt. Dies hat die Tragweite, daß die fragliche Anordnung auch nicht eine mittelbare Wirksamkeit dadurch erfahren kann, daß der mit der Liegenschaft letztwillig Bedachte für den Fall, wenn „versucht werden sollte, dieser Bestimmung entgegenzuhandeln“, mit dem Verluste der Liegenschaft bedroht wird; eine solche Klausel, womit der Erblasser gerade durchsetzen will, daß die Liegenschaft während 35 Jahre nach seinem Tode weder veräußert noch verpfändet, noch vermietet werde, muß ebenfalls hinfällig sein wie die oben erwähnte Festsetzung selbst.

Nr. 2550. II. Sen. 26. Mai 1891. II. 84. 91. Bd. 27, Nr. 87, S. 343.

Inhalt des dem Satz 2111 des badischen Landrechts entsprechenden Eintrages im Pfandbuche. (Rhein. R.). Das Oberlandesgericht verneint (und dies mit Recht) zunächst, daß L.R.S. 1017 Abs. 2 ein gesetzliches Pfandrecht für Vermächtnisse begründe, sowie daß die Voraussetzung des L.R.S. 2103 Nr. 3 zutreffe, nimmt aber an, es könne der vorliegende Eintrag eines „gesetzlichen Vorzugsrechts der (der Beklagten von der Witwe des A. W. v. S. vermachten) Leibrente“ oder eines „gesetzlichen Pfandrechts“ für dieselbe an den der Klägerin als Erbin der A. W. v. S. zugefallenen Erbschaftsgrundstücken im Pfandbuche deshalb aufrecht erhalten werden, weil „die vorgebrachten Thatsachen das Vorzugsrecht des L.R.S. 2111 begründen“, und geht dann weiter davon aus, daß, wenn der Eintrag im Pfandbuche bestehen bleibe, die Klägerin jedes Interesse an der Streichung der zwar an sich überflüssigen, aber von der Klägerin selbst veranlaßten Erwähnung der Leibrente im Grundbuche fehle. Allein es handelt sich nicht darum, ob möglicherweise von der Beklagten auf Grund des dem Vermächtnisnehmer nach L.R.S. 878 zustehenden Rechts der Absonderung des Vermögens des Erblassers von dem des Erben ein Eintrag im Pfandbuche nach L.R.S. 2111 mit den Wirkungen eines Vorzugsrechts auf die Liegenschaften der Erbschaft hätte bewirkt werden können, sondern ob der konkrete Eintrag im Pfandbuche (und bezw. Grundbuche), wie er vorliegt, einen Eintrag im Sinne des L.R.S. 2111 rechtlich darstellt. Dies muß jedoch nach den von dem Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen über den Inhalt des Eintrages verneint werden. Eine Liegenschaft kann nicht mit einem Eintrage im Pfandbuche oder im Grundbuche belastet werden, dessen Bedeutung hieraus nicht erkennbar ist, vielmehr muß der Eintrag erkennen lassen, welches spezielle Recht damit gewahrt, von welcher speziellen Belastung die Liegenschaft sonach getroffen werden soll. Im vorliegenden Falle ist aber nach den Feststellungen aus dem Eintrage, der nichts darüber enthält, daß das Recht des Vermächtnisnehmers auf Absonderung

des Vermögens des Erblassers geltend gemacht werden und auf Grund dieses Rechts eine Wahrung des Vorzugsrechts eintreten soll, in keiner Weise erkennbar, daß mit dem Eintrage das dem Vermächtnisnehmer aus dem Rechte der Absonderung des Erbschaftsvermögens zustehende Vorzugsrecht auf die Liegenschaften der Erbschaft gewahrt werden soll. Der Anspruch der Klägerin auf Löschung der Eintragungen ist daher begründet.

Nr. 2551. IV. Sen. 9. Juni 1886. IV. 503. 85. Bd. 16, Nr. 51, S. 222.

Beitragspflicht der Legatare. § 334, I. 12 A.L.R. (Preuß. R.). Der Annahme des Berufungsgerichts, daß nur der Vorbehaltserbe berechtigt ist, die Legatare bei unzureichendem Nachlasse auf Grund der Vorschrift des § 334, I. 12 A.L.R. als beitragspflichtig in Anspruch zu nehmen, während der Erbe ohne Vorbehalt auch den Legataren vollständig und ohne Rücksicht auf die Zulänglichkeit des Nachlasses gerecht werden muß, ist beizutreten. Diese Rechtsfolge der unterlassenen Inventarserrichtung beruht für das gemeine Recht auf der Vorschrift der Novelle 1, Kapitel 2 § 2, wonach der Erbe, welcher ein Inventar nicht errichtet hat, nicht bloß das Falcidische Viertel nicht zurückhalten darf, sondern die Legatare und Fideikommissare voll befriedigen muß, wenngleich die Bezahlung der Legate den Bestand des Nachlasses übersteigt. Dementsprechend lauten die Bestimmungen des preußischen Rechts. §§ 418, 429, I. 9; § 292, I. 12 A.L.R. Nr. 2474.

Nr. 2552. VI. Sen. 25. April 1889. VI. 25. 89. Bd. 24, Nr. 28, S. 152.

Anspruch auf Sicherstellung des Vermächtnisses; Übergang dieses Anspruches auf den Cessionar, Art der Sicherheitsleistung. (Gem. R.). Der allgemeine Satz des römischen Rechts, wonach jeder mit einem Vermächtnis Beschwerte dem Vermächtnisnehmer auf Verlangen eine „satisdatio" für Erfüllung des Vermächtnisses zu leisten hat, hat auch bei bedingten Vermächtnissen, also insbesondere auch bei Rentenvermächtnissen (natürlich auch schon vor dem Anfalle, dem dies cedens, der hier erst mit dem Erleben jedes einzelnen Rententermins durch den Vermächtnisnehmer eintritt), Geltung. Unbedenklich wird das durch den Vermächtnisnehmer begründete accessorische Recht, soweit derselbe seine eventuellen Rentenforderungen selbst abgetreten hat, als im Zweifel auf den Cessionar mitübertragen angesehen, nach Analogie des in c. 6, 7 Cod. de O. et A. 4, 10 und c. 14 Cod. de fidej. 8, 41 über die Pfandrechte Bestimmten. Im übrigen gab es zwar im römischen Rechte keine eigentliche Klage auf diese Sicherheitsleistung, sondern nur den mittelbaren Zwang durch die sonst drohende missio in possessionem; aber in diesem wie in anderen ähnlichen Fällen, z. B. bei dem Anspruche auf damni infecti cautio, ist im gemeinen deutschen Rechte infolge des gänzlich veränderten Prozeßverfahrens, insbesondere in Verbindung mit dem Wegfalle der missiones in possessionem, das direkte Klagrecht an die Stelle getreten. Die Ansicht, daß dieser ganze Kautionsanspruch in Deutschland nicht in Geltung stehe, ist ungerechtfertigt. In Ansehung der Art und Weise der Sicherheitsleistung ist die Beschwerde der Kläger, daß ihnen nur auf Sicherstellung durch Bürgschaft ein Recht zuerkannt sei, unbegründet. Das ältere römische Recht ist nicht dahin abgeändert, daß das Gericht nach seinem Ermessen, statt auf Stellung von Bürgen, auch auf anderweite reale Sicherung, insbesondere durch Pfandrechte oder durch Hinterlegung von Werten erkennen könnte. (Vergl. l. 7 Dig. de stip. praet. 46, 5 in Verbindung mit l. 1 pr. Dig. ut leg. 36, 3; l. 16 eod. c. 1, 2 Cod. comm. de leg. 7, 43.) Für das heutige Recht ist zwar anzunehmen, daß der Verpflichtete gewohnheitsrechtlich, abweichend vom römischen Rechte, sich, wenn er will, auch durch genügende Pfandbestellung befreien kann (vergl. l. 25 Dig. de R. I. 50, 17). Hieraus ergiebt sich aber höchstens die Notwendigkeit alternativer Fassung des Klagantrags und der Verurteilung, die übrigens dann jedenfalls wegfällt, wenn der Pflichtige ausdrücklich erklärt, nur mit Bürgen Sicherheit

leisten zu wollen. Zu Unrecht hat der Berufungsrichter die Verpflichtung der Bürgen auf eine bestimmte Summe begrenzt; es ist kein Grund abzusehen, warum nicht Bürgen gegeben werden sollten, die sich einfach auf dasselbe verpflichten, was der Hauptschuldner zu leisten schuldig sein werde, mag dies auch dem Umfange nach für jetzt noch nicht genau bestimmt sein.

Nr. 2553. IV. Sen. 12. Januar 1882. IV. 809. 81. Bd. 6, Nr. 66, S. 236.

Anweisung des Legates auf ein ausstehendes Kapital. §§ 416 ff., I. 12 A.L.R. (Preuß. R.). F. K. hat dem Kläger ein Legat von 1000 Thalern ausgesetzt und bestimmt, daß der Kläger von dem Erben R. K. beanspruchen kann, daß derselbe ein dem Erblasser zustehendes Hypothekenkapital von 1400 Thalern zur Berichtigung der legierten Summe verwende, also 1000 Thaler von jener Post dem Kläger überlasse. Der Beklagte ließ wegen einer ihm an den Alleinerben R. K. zustehenden Forderung von 2400 Mk. den entsprechenden Teil des Hypothekenkapitals pfänden und sich zur Einziehung mit dem Vorrecht vor dem Überreste überweisen. Bei der Subhastation des verpfändeten Grundstücks kamen nur 1900 Mk. auf die Hypothekenpost zur Hebung. Das Percipiendum ist dem Beklagten zugesprochen. Das Legat begründete neben dem Anspruche gegen R. K. auf Zahlung der 1000 Thaler allerdings das Recht, zu verlangen, daß der Erbe dazu die 1000 Thaler verwende. Das letztere Recht war aber ein rein obligatorisches; es enthielt nicht einmal einen Titel zum Erwerb des betreffenden Anteils der Hypothek. R. K. erwarb das Eigentum der Hypothek ohne Beschränkung. Der Beklagte erlangte nicht bloß die Rechte eines Assignatars (§ 251, I. 16 A.L.R.), sondern daneben durch die stattgehabte Pfändung der Forderung zugleich die Rechte eines Pfandgläubigers (§ 709 C.P.O.). Dies Pfandrecht war auch gegenüber dem Kläger voll wirksam. §§ 22, 23, I. 10 A.L.R. § 101 Einl. A.L.R. sind hier nicht anwendbar.

Nr. 2554. IV. Sen. 30. September 1886. IV. 124. 86. Bd. 16, Nr. 56, S. 237.

Einfluß der Vorausgewährung einer Summe auf die Rechtsbeständigkeit eines Geldvermächtnisses. §§ 323, 433, I. 12 A.L.R. (Preuß. R.). Ein Geldvermächtnis verliert dadurch seine Wirkung, daß der Erblasser schon bei Lebzeiten in der Absicht der Realisierung desselben eine der vermachten entsprechende Summe dem Vermächtnisnehmer giebt. Der § 323, I. 12 A.L.R. setzt allerdings voraus, daß der Gegenstand des Vermächtnisses individuell bestimmt ist. Bei dem reinen Summeversprechen ist seine Anwendung also ausgeschlossen. Von dem Geldvermächtnisse handeln denn auch erst die §§ 328—331, I. 12 A.L.R. unter diesem besonderen Marginale. Aber in den §§ 323, 433, I. 12 A.L.R. hat das auch auf Geldvermächtnisse anwendbare allgemeine Prinzip Ausdruck gefunden, daß, wenn der Erblasser dem Legatar das demselben Vermachte in der Absicht der Erfüllung dieser letztwilligen Anordnung schon bei seinen Lebzeiten gewährt hat, das Legat als hinweggefallen anzusehen ist. Die Norm des § 323 a. a. O. beruht übrigens nicht allein auf dem Gesichtspunkte der (anticipierten) Erfüllung, sie muß noch auf ein allgemeineres Prinzip zurückgeführt werden. Sie umfaßt nämlich, wie § 324 a. a. O. ergiebt, auch die Thatbestände entgeltlicher Übereignung der vermachten Sache, bei welcher von einer Erfüllungspflicht des Testators (in dem obigen Sinne) nicht füglich die Rede sein kann. Hier bietet sich vielmehr nur der Gesichtspunkt, daß in der Vorausgewährung des Gegenstandes des Vermächtnisses mit innerer Notwendigkeit zugleich der Wille der Aufhebung der Vermächtnisanordnung als solcher klargelegt wird, weil diese mit der bereits erfolgten Hingabe des Objektes nicht bestehen kann; und dies Prinzip trifft nicht nur auf alle Fälle der Übereignung vermachter bestimmter Sachen (§ 323 a. a. O.) zu, sondern es erweist sich auch wirksam im Falle des § 433 a. a. O., insofern nicht jeder nachträglichen Tilgung der vermachten Schuld, sondern nur der vom Testator ausgegangenen Erfüllung derselben die

Wirkung der Aufhebung des Schuldverhältnisses beigelegt ist. Die Vorschriften über die Form des Widerrufes letztwilliger Anordnungen, insbesondere der Vermächtnisse (§§ 593 ff., I. 12 A.L.R.), schließen nicht aus, daß es Thatbestände giebt, in deren Realisierung durch den Testator das Gesetz einen von selbst und ohne ausdrückliche Erklärung wirkenden Aufhebungsgrund, gleichsam einen thatsächlichen Widerruf, findet, und zu den so gearteten Fällen gehört nach der aus den §§ 323, 433 a. a. O. abzuleitenden Rechtsnorm der vorliegende. Nr. 2555.

Nr. 2555. IV. Sen. 29. Oktober 1894. IV. 120. 94. Bd. 34, Nr. 74, S. 300.

Wirkung der Einziehung einer ausstehenden Forderung durch den Erblasser auf den Bestand des Vermächtnisses der Forderung. (Preuß. R.). Die Kläger erheben gegen die Erben der Witwe S. Ansprüche aus einem in den letztwilligen Verfügungen der Erblasserin ausgesetzten Vermächtnisse von 6000 Thalern. Den Einwand der Beklagten, daß das Vermächtnis infolge der durch die Erblasserin selbst erfolgten Einziehung der vermachten Forderung aufgehoben sei, hat das Reichsgericht mit dem Berufungsgericht für nicht gerechtfertigt erachtet. Das Berufungsgericht stellt nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fest, daß die Witwe S. die vermachte Forderung von 6000 Thalern im Jahre 1874 von dem Besitzer des Gutes B. zurückgezahlt erhalten und das erhaltene Geld sogleich in derselben Summe an M. auf dessen Grundstück ausgeliehen, daß sie im Jahre 1884 diese neue Schuldforderung von M. gezahlt erhalten und nunmehr die empfangenen 6000 Thaler mit anderen 1000 Thalern in einer Summe von 7000 Thalern oder 21000 Mk. an R. ausgeliehen hat, der dies Kapital beim Tode der Witwe S. noch schuldete. Das Berufungsgericht erachtet auf Grund der Beweisaufnahme ferner für bewiesen, daß die Witwe S. bei Rückzahlung der 18000 Mk. von M. und bei der Ausleihung der 21000 Mk. an R. und später bis zu ihrem Tode den Willen gehabt hat, daß die Schuldforderung an R. jedenfalls in Höhe von 18000 Mk. den ernannten Legataren an Stelle der eingezogenen Schuldforderung zufallen sollte. Im Anschlusse an diese Feststellung gelangt das Berufungsgericht zu der Annahme, daß der Anspruch der Legatare auf die R.sche Schuld in Höhe von 18000 Mk. nach § 408, I. 12 A.L.R. begründet ist, und daß diesem Anspruche die §§ 410 ff. a. a. O. nicht entgegenstehen. Bei Zugrundelegung der thatsächlichen Feststellung des Oberlandesgerichts ist seine Annahme gerechtfertigt. Daß das Vermächtnis durch die im Jahre 1874 an die Witwe S. erfolgte Zurückzahlung der 6000 Thaler nicht aufgehoben ist, kann mit Rücksicht auf § 413, I. 12 A.L.R. nicht zweifelhaft sein, da die nach dieser Vorschrift den Fortbestand des Legates begründende Voraussetzung durch die sofortige Ausleihung der zurückgezahlten 6000 Thaler in derselben Summe an M. erfüllt ist. Für die weitere Behandlung der 6000 Thaler, die sodann mit weiteren 1000 Thalern an R. ausgeliehen sind, erachtet es das Berufungsgericht mit Recht für entscheidend, daß die Erblasserin die Aufhebung der Legate nicht gewollt hat. Nicht die Thatsache der Einziehung der vermachten Forderung und ihrer dadurch begründeten Tilgung an sich ist es, die das Legat aufhebt, sondern der sich dadurch dokumentierende Wille des Erblassers, seine frühere Verordnung zu ändern, so daß das Vermächtnis einer Schuldforderung, ungeachtet ihrer Einziehung, dann nicht für fortfallend anzusehen ist, wenn festgestellt wird, daß die Einziehung nicht in der Absicht erfolgt ist, das Legat aufzuheben. Auch in dem Urteile im Falle Nr. 2554 wird das den Bestimmungen der §§ 412, 413, I. 12 A.L.R. zu Grunde liegende Prinzip darin erblickt, daß der zum Ausdruck gebrachte Wille des Erblassers für maßgebend zu erachten ist. Daraus ergiebt sich, daß dann, wenn der Erblasser das bei der Zahlung der Forderung empfangene Geld nicht sogleich, auch nicht allein, sondern zusammen mit anderem Gelde in einer höheren Summe ausgeliehen hat, das Legat zwar nicht ohne Weiteres für fortbestehend zu erachten ist, daß aber diese Annahme dann Platz greift, wenn ermittelt wird, daß der Erblasser bei der anderweitigen Ausleihung des

Willen dieses Fortbestandes gehabt hat. Dieser Wille der Erblasserin ist hier ohne Verletzung einer Rechtsnorm festgestellt.

Nr. 2556. VI. Sen. 13. April 1896. VI. 416. 95. Bd. 37, Nr. 44, S. 168.

Vermächtnis des Quasinsusfruktus an einer Nachlaßquote im Gegensatze zum Rentenvermächtnisse. (Gem. R.). Es steht in Frage, ob die hamburgische Erbschaftsabgabe im gegebenen Falle nach dem Satze von zehn Prozent, der sich aus der betreffenden Verordnung vom 29. Dezember 1851 als der hier anwendbare ergeben würde, oder nur nach dem durch die neuere Verordnung vom 9. Mai 1894 für Vermächtnisse, die Schwiegerkindern des Erblassers zufallen, auf vier Prozent ermäßigten Satze zu entrichten war. Der einzige Streitpunkt, der in dieser Beziehung noch der Nachprüfung des Reichsgerichts unterlag, ist der, ob die hier fraglichen Vermächtnisse Nießbrauchs- oder Rentenvermächtnisse seien. Die Entscheidung, daß es unerheblich sei, daß die Entrichtung der Erbschaftsabgabe den Klägern nicht auf einmal gleich anfänglich nach dem Werte des ganzen Vermächtnisses angesonnen sei, sondern alljährlich nach Maßgabe des Betrages der ihnen vom Testamentsvollstrecker auszuzahlenden Zinsen erfolge, blieb als auf irrevisiblem hamburgischen Partikularrecht beruhend ohne Weiteres auch für die Revisionsinstanz maßgebend, und dasselbe gilt von der Annahme, daß die hier fragliche Steuerpflicht sich gesetzlich nach dem Zeitpunkte des Anfalles des einzelnen Vermächtnisses bestimme. Andererseits erschien als unstreitig richtig der hier vom Berufungsgericht verwertete gemeinrechtliche Satz, daß das Vermächtnis des Nießbrauches, wenn dieser als einheitlicher vermacht ist, auch als einheitliches mit dem Zeitpunkte des Erbschaftserwerbes anfällt, nach l. un. pr. Dig. quando dies usufr. 7, 3; während es ebenso unzweifelhaft ist, daß das Rentenvermächtnis in eine unbestimmte Zahl von Einzelvermächtnissen zerfällt, von denen das erste an sich ein unbedingtes Summenvermächtnis ist, die übrigen aber bedingte in der Art, daß jedes einzelne erst anfällt, wenn der Legatar den Tag der Fälligkeit erlebt, nach l. 10, l. 12 pr. l. 20 Dig. quando dies leg. 36, 2 und l. 4, 11 Dig. de ann. leg. 33, 1, übrigens auch nach den Hamburger Statuten 3, 2, 10. Was nun den oben bezeichneten Streitpunkt anlangt, so ist die konkrete Sachlage die folgende: Die Testatrix Witwe P. hat verordnet, daß die Erbteile derjenigen unter ihren Kindern, die bei dem Ableben der Testatrix eheliche Nachkommenschaft besitzen würden, unter Verwaltung der Testamentsvollstrecker verbleiben und dem betreffenden Kinde nur der lebenslängliche Nießbrauch an seinem Erbteil zustehe und daß bei dessen Ableben der Nießbrauch daran auf den etwaigen überlebenden Ehegatten auf dessen Lebenszeit übergehen sollte. Die Kläger sind nun solche Schwiegerkinder der Testatrix, deren Ehegatten nach jener Testamentsbestimmung nur den „Nießbrauch" an ihren Erbteilen hatten und sämtlich noch zur Zeit der Geltung der älteren Verordnung über die Erbschaftsabgabe vom 29. Dezember 1851 verstorben sind. Das Oberlandesgericht nimmt an, daß ihnen wirklich, im Einklange mit dem Wortlaute des Testaments, ein Nießbrauch und nicht bloß, wie die Kläger geltend gemacht haben, von den Testamentsvollstreckern ihnen auszuzahlende jährliche Renten vermacht seien. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Kläger konnten nicht zur Aufhebung des Urteils führen. Die Frage, ob ein Nießbrauchs- oder ein Rentenvermächtnis vorliege, kann unter Umständen recht zweifelhaft sein (l. 22, 38, 41 Dig. de usu et usufr. 33, 2). Ob das Oberlandesgericht mit Recht hier ein Argument zu Gunsten der ersteren Auffassung aus dem Umstande hernimmt, daß die Kinder der Testatrix, denen der hier in Rede stehende Nießbrauch in erster Reihe zugewendet war, nach dem Wortlaute des Testaments zunächst zu Erben eingesetzt sind, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls geht das Berufungsgericht zu weit, wenn es dem Umstande, daß nicht die Vermächtnisnehmer selbst, sondern die Testamentsvollstrecker die Verwaltung der betreffenden Vermögensquoten führen sollten, jede Bedeutung für die zu entscheidende Frage abspricht. Allerdings ist es richtig, daß Jemand sehr wohl den Nießbrauch haben kann, ohne selbst verwaltungs-

berechtigt zu sein; wenigstens nach heutigem Recht mit Rücksicht auf die Ausbildung des Institutes der Testamentsvollstrecker. Aber hierbei ist ein eigentlicher Nießbrauch vorausgesetzt; ein Quasinießbrauch mit solcher Beschränkung wäre nicht denkbar. Denn dieser ist überhaupt keine besondere Art von dinglichem Rechte, sondern besteht nur darin, daß dem „Nießbraucher“ den Gegenstand zu vollem eigenen Rechte übertragen wird gegen Bestellung der sogen. cautio ex senatusconsulto dafür, daß er den Gegenstand nach Beendigung seines Rechts zurückerstatten werde. Wo diese Übertragung und diese Rückerstattungspflicht nicht stattfindet, kann von Quasiusufrukt überhaupt keine Rede sein. Dies wird auch von vielen Schriftstellern hervorgehoben, wobei sie nur häufig ungenau statt von Nießbrauch an einem Kapitale oder vom Quasinießbrauch überhaupt vom Nießbrauche an einer Forderung sprechen. Wäre daher der hier vermachte Nießbrauch nur zu denken als Nießbrauch an einem Kapital, so würden trotz des gebrauchten Ausdrucks in Wahrheit keine Nießbrauchs-, sondern Rentenvermächtnisse vorliegen. Die Entscheidung des Berufungsgerichts wird jedoch getragen durch den anderen Grund, daß nach Lage der Sache nicht angenommen werden darf, es könne sich hier höchstens um einen Quasinießbrauch handeln. Den Gegenstand des Nießbrauchs sollen zunächst Vermögensquoten bilden, und es ist von den Klägern nicht behauptet, daß sich in dem Vermögen der Testatrix keine Gegenstände befunden hätten, an denen ein eigentlicher Nießbrauch möglich gewesen wäre. Freilich ist auch das wieder nicht richtig, daß, wenn sich solche Gegenstände darin befunden haben sollten, dann an diesen jeder der Vermächtnisnehmer ohne Weiteres das dingliche Recht des eigentlichen Nießbrauches zu seiner Quote erworben haben würde. Vielmehr ist es gemeinrechtlich beim Vermächtnisse einer Quote des Nießbrauches am ganzen Vermögen dem Belieben des Erben, also gegebenen Falles auch des Testamentsvollstreckers, überlassen, ob er an den einzelnen Nachlaßgegenständen Nießbrauch bezw. Quasinießbrauch pro parte gewähren oder nur an einer der Quote des Wertes des Nachlasses entsprechenden Geldsumme Quasinießbrauch einräumen will (l. 32 § 8 Dig. de usu et usufr. 33, 2); wie sogar auch bei dem Vermächtnisse einer Quote des Vermögens selbst, falls es nicht ein Universalfideikommiß ist, Entsprechendes gilt (l. 26 § 2 Dig. de leg. I [30]). Entscheidet sich nun der Erbe für das Letztere, so kommt dadurch die Sache in die Lage, als wenn es sich von vorn herein nur um einen Quasinießbrauch gehandelt hätte, und vom praktischen Standpunkte aus werden beim Vermächtnis des Nießbrauchs an einer Quote des Nachlasses sogar meistens zu einer Entscheidung in diesem Sinne die Schwierigkeiten drängen, die sich daraus ergeben, daß zum „Vermögen“ in diesem Falle auch die Schulden als Passiva gehören, so daß, um den Gegenstand des Nießbrauches festzustellen, diese erst abgezogen werden müssen (l. 69 Dig. ad. leg. Falc. 35, 2; l. 43 Dig. de usu et usufr. 33, 2). Nichtsdestoweniger liegt hier die Sache formell so, daß die Kläger erst hätten behaupten und im Bestreitungsfalle beweisen müssen, daß ihnen als Gegenstand ihres Nießbrauchs von vornherein nur eine Wertquote dargeboten worden sei, ehe man dazu hätte gelangen können, aus diesem Grunde die hier fraglichen Vermächtnisse für bloße Rentenvermächtnisse zu erklären.

Nr. 2557. III. Sen. 4. November 1892. III. 170. 92. Bd. 31, Nr. 33, S. 168.

Ergänzung eines Testaments durch formlose Nachzettel. Anordnung eines Vermächtnisses an Stelle eines früheren; Ademtionswille, wenn das zweite Vermächtnis ungültig ist. (Gem. R.). Daß auch im Testamente im voraus bestätigte Kodizille zu ihrer Gültigkeit als Kodizille der kodizillarischen Form bedürfen, wird heute kaum noch bestritten. Eine andere Frage ist, ob sich der Erblasser in seinem Testamente die Bezeichnung der Person des eingesetzten Erben und des Erbteiles, ferner die Bezeichnung des Vermächtnisnehmers, des Beschwerten und des Inhaltes des Vermächtnisses in formlosen Nachzetteln vorbehalten darf. Der erkennende Senat nimmt auf Grund von l. 36, 77 Dig. de her. inst. 28, 5; l. 10 pr. Dig. de cond. inst. 28, 7 und l. 38

Dig. de cond. 35, 1 die Zulässigkeit sogen. mystischer Erbeseinsetzungen und mystischer Vermächtnisse insoweit an, als sich die Verfügungen an sich als schon im Testamente getroffen darstellen und die formlosen Nachzettel nur zur demonstratio des Honorierten, des Erbteiles u. s. w. dienen. Ist die Verfügung im Testamente selbst geschehen und soll der Nachzettel nur klarstellen, was dunkel geblieben ist, so fehlt es um so mehr an einem zureichenden Grunde, die Nachzettel wegen Formlosigkeit zurückzuweisen, als es anerkannten Rechtes ist, daß auch andere Dunkelheiten bei Zuwendungen aus formlosen Erklärungen des Erblassers ihre Aufklärung erhalten können. Von diesem Gesichtspunkte aus ist das in der formlosen Skriptur der Witwe A. hinterlassene Nießbrauchslegat ungültig. Der Erblasser klärt nicht eine Dunkelheit des Testaments auf, sondern ersetzt eine klare Verfügung in dem Testamente (daß die Witwe A. ein Präfideikommiß bestehend in einer amerikanischen 500 Dollarobligation erhalten soll) durch eine andere dahin, daß die Witwe A. statt einer 500 Dollarobligation ihrer drei Kinder wegen eine 1000 Dollarobligation zu ihrem Nießbrauch erhalten solle; er wendet der Honorierten an Stelle des im Testamente ausgesetzten Substanzlegates ein Nießbrauchslegat an einer größeren Obligation zu. Zu solcher datio legati in formloser Skriptur hat er die Befugnis nicht erlangt durch den allgemeinen testamentarischen Vorbehalt, seinem Testamente durch ein Kodizill noch Zusätze oder Änderungen hinzuzufügen. Ist aber das Nießbrauchslegat ungültig, so folgt daraus noch nicht ohne weiteres die Gültigkeit des im Testamente hinterlassenen Legates. Es ist vielmehr zu untersuchen, ob nicht das erste Vermächtnis durch das zweite wenn auch ungültige Vermächtnis zurückgenommen worden ist. Die Frage, ob bei Anordnung eines Vermächtnisses an Stelle eines anderen die Gültigkeit der zweiten Voraussetzung für die Zurücknahme des ersten ist, kann allein nach dem zu ermittelnden Willen des Erblassers entschieden werden. Wechselt der Erblasser die Person des Honorierten, so wird nach l. 34 pr. de leg. I und l. 20 Dig. de adim. leg. 34, 4 im Zweifel allerdings die Zurücknahme des ersten Legates trotz der Ungültigkeit des zweiten anzunehmen sein. Anders liegt die Sache, wenn der Erblasser im Interesse des Honorierten an Stelle des zunächst ausgesetzten Vermächtnisses ein anderes anordnet, wie im vorliegenden Falle, wo der Erblasser im Interesse der Witwe A. und mit ausdrücklicher Hinweisung auf ihre Kinder eine Änderung der Zuwendung für angemessen erachtet hat. Bei solcher Sachlage wird, sofern nicht ein entgegenstehender Wille des Erblassers nachzuweisen ist, davon auszugehen sein, daß der Erblasser den Ademtionswillen nur so weit gehabt hat, als seine neue Anordnung mit rechtlicher Wirkung an Stelle der früheren hat treten können. Für einen anderen Willen des Erblassers haben das Testament und die Verhandlungen der Parteien keinen Anhalt geboten. Es ist daher mit Recht die fortdauernde Gültigkeit des ersten Vermächtnisses angenommen worden.

Nr. 2558. II. Sen. 1. Juli 1887. II. 79. 87. Bd. 19, Nr. 71, S. 373.

Verzicht auf ein Vermächtnis. (Rhein. R.). In dem Falle Nr. 2519 ist das Berufungsgericht mit Unrecht davon ausgegangen, daß ein Verzicht der Witwe auf das Vermächtnis nur in der Form des Art. 784 code civil oder durch eine Schenkung nach Art. 931 a. a. O. habe zustandekommen können. Die Bedeutung des in dem Titel von der Intestaterbschaft enthaltenen Art. 784 besteht darin, daß sie den Erben die Möglichkeit gewährt, durch eine in feierlicher Form abgegebene einseitige Erklärung der ihnen nach Art. 724 a. a. O. ipso jure angefallenen Erbschaft mit Wirkung gegen Jedermann, sowohl gegen etwa beteiligte Miterben wie gegen dritte Personen, namentlich auch gegen die Erbschaftsgläubiger, zu entsagen. Die Frage, ob die Anwendbarkeit des Art. 784 a. a. O. bei Legaten, für welche eine gleiche Vorschrift nicht besteht, überhaupt ausgeschlossen ist, oder wenigstens auf Universallegate (Art. 1003) und Legate unter Universaltitel (Art. 1010), oder endlich, ob er etwa nur auf Universallegate, sei es mit Beschränkung auf den Fall des Art. 1006, sei es ohne diese Beschränkung an-

gewendet werden muß, ist bestritten. Hier handelt es sich um ein Legat unter Universaltitel. Sofern es sich lediglich um die Wirkung unter den zunächst Beteiligten, nämlich unter Erben und Legatar, handelt, ist die Gültigkeit des Verzichts lediglich nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen. Solange die Ausantwortung des Eigentumslegats an die Witwe noch nicht erfolgt war, konnte sie dem Erben gegenüber auf diesen Anspruch und damit auf ihr ganzes Recht formlos Verzicht leisten. War aber die Ausantwortung des Legats an sie bereits erfolgt, so hätte es einer förmlichen Rückübertragung des bereits erworbenen Vermögens auf den Erben bedurft, und diese Übertragung hätte, sofern es sich um eine Schenkung handelte, nur nach Maßgabe des Art. 931 a. a. O. wirksam erfolgen können.

Nr. 2559. III. Sen. 11. März 1892. III. 281. 91. Bd. 29, Nr 27, S. 104.

Berechtigung der mit einem Universalvermächtnisse belasteten Descendenten des Erblassers, die Trebellianische Quart von der Substanz des Nachlasses abzuziehen. (Gem. R.). Die Entscheidung hängt davon ab, ob hier die regelmäßige Berechnung der Quart bei bedingten oder betagten Vermächtnissen Platz greift, wonach in dieselbe die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte einzurechnen sind, oder ob die Ausnahmebestimmung der c. 6 Cod. ad S. C. Trebellianum 6, 49 anzuwenden ist, wonach die Quart nicht aus den Früchten, sondern aus der Substanz des Nachlasses selbst zu entnehmen ist. Die Bestimmungen des gedachten Gesetzes beziehen sich nach dessen Wortlaut nur auf einen bestimmt bezeichneten Kreis von Personen und eine ausdehnende Auslegung, die sich bei einer Ausnahmebestimmung von selbst verbieten würde, ist im § 3 noch besonders ausgeschlossen. Es mußte jedoch bei der bestrittenen Auslegung dieses Gesetzes die Annahme gebilligt werden, daß es für die Anwendbarkeit des Gesetzes keinen Unterschied begründet, ob Vermächtnisse zu Gunsten von Descendenten des Erblassers oder für dritte Personen angeordnet sind. Bei Erlaß des Gesetzes handelte es sich um eine besondere Begünstigung, die Descendenten des Erblassers für die Berechnung und den Abzug der Trebellianischen und der Falcidischen Quart eingeräumt werden sollte. Für diesen ihnen gewährten Vorzug konnte nur ihre nahe verwandtschaftliche Beziehung zum Erblasser maßgebend sein, und es war unerheblich, zu wessen Gunsten die dem Quartabzuge unterworfenen Vermächtnisse angeordnet sein mochten. In dieser Richtung kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber Descendenten des Erblassers als Onerierte im Verhältnisse zu fremden Personen als Honorierten schlechter habe stellen wollen als gegenüber den nächsten Verwandten, falls diese mit Vermächtnissen bedacht waren. Es muß im Gegenteile daraus, daß der Gesetzgeber Descendenten den Abzug der Quart aus der Substanz des Nachlasses anderen Descendenten des Erblassers gegenüber gestattete, der Schluß gezogen werden, daß ihnen gleiche Rechte mit fremden mit Legaten bedachten Personen um so mehr zugestanden sein sollten und daß das Verbot einer ausdehnenden Auslegung des Gesetzes sich lediglich auf den genannten Kreis der belasteten Erben bezog, zu deren Gunsten eine besondere von der Regel abweichende Berechnung der Quart eingeführt wurde.

Nr. 2560. III. Sen. 20. Januar 1885. III. 266. 84. Bd. 13, Nr. 42, S. 170.

Erlaß der Kautionsleistung des testamentarischen Nießbrauchers. (Gem. R.). Der in c. 7 Cod. ut in poss. leg. 6, 54; l. 6 pr. Dig. ut in poss. leg. 36, 4; c. 1 Cod. de usufr. 3, 33 aufgestellte Satz, daß die Pflicht zur Kautionsleistung vom Erblasser für einen letztwillig vermachten Nießbrauch nicht erlassen werden kann, hat für das heutige Recht seine Geltung verloren, weil die Gründe, welche jenes Verbot im römischen Rechte veranlaßt haben können, nach der Entwickelung, welche die betreffenden Materien im Laufe der Zeit genommen haben, hinweggefallen sind und ein innerer das Verbot rechtfertigender Grund nicht vorhanden ist. Durch Nov. 1 cap. 1 ist dem Testator gestattet, mittels des Verbotes des Abzuges der quarta Falcidia den

Erbteil beliebig mit Legaten zu belasten. Mit der hierdurch dem Testator gewährten Unbeschränktheit in der Belastung seiner Erben mit Legaten würde es nicht vereinbar erscheinen, daß es ihm verboten sein sollte, die usufruktuarische Kaution zu erlassen, damit den Erben die ungeschmälerte Erhaltung ihrer Erbteile gesichert wäre. Ferner ist der mit der Kautionsleistung nach den Bestimmungen des römischen Rechts verfolgte Zweck, den ordnungsmäßigen Gebrauch der zum Nießbrauch gegebenen Sachen zu verbürgen und die Restitution nach beendetem Nießbrauch zu sichern, insofern nicht mehr maßgebend, als nach heutigem Rechte die Verpflichtungen des Legatars, dem der Nießbrauch vermacht ist, ganz dieselben sind, mag er die Kaution bestellt haben oder mag sie ihm erlassen sein.

Nr. 2561. I. Sen. 19. Dezember 1883. I. 412. 83. Bd. 10, Nr. 74, S. 263.

Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten, welchem der Nießbrauch an dem den Kindern gehörenden Nachlasse hinterlassen ist. (Preuß. R.). Die Frage, ob, wenn in einem gemeinschaftlichen Testamente der Eheleute dem überlebenden der Nießbrauch der gesamten Hinterlassenschaft mit der Maßgabe hinterlassen worden ist, daß die Kinder erst nach dem Tode des Letztlebenden eintreten, eine solche Verfügung als eine Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Substanzerben mit der Verpflichtung, den Nachlaß an die eingesetzten Kinder herauszugeben, der überlebende Ehegatte als Fiduziarerbe anzusehen sei, kann auf sich beruhen. Denn wenn im vorliegenden Falle die überlebende Witwe auch nicht als Erbin ihres Ehemannes anzusehen ist, so ist doch in der Praxis sowohl des preußischen wie des gemeinen Rechts längst anerkannt, daß der überlebende Ehegatte, welchem der Nießbrauch an dem Vermögen des Erstversterbenden hinterlassen ist, wie er mit den Kindern als Substanzerben zusammen die Nachlaßforderungen einzieht, so auch mit ihnen zusammen wegen der Nachlaßschulden Recht zu nehmen hat. Dies gilt nicht bloß in dem Sinne, daß es der überlebende Ehegatte nicht hindern kann, daß sich die Gläubiger aus dem Vermögen des Ehemannes bezahlt machen; die Witwe (Mitklägerin) hat als Verwalterin des Nachlasses kraft eigenen Rechtes die Mittel desselben zur Erfüllung der auf dem Nachlasse haftenden Verbindlichkeiten zu verwenden, und wenn sie, wie im vorliegenden Falle, eine eigene wirtschaftliche Thätigkeit aufzuwenden hat, um Rüben zu bauen, so macht sie sich persönlich verantwortlich, wenn sie die Verbindlichkeiten aus dem von dem Ehemanne mit der Beklagten geschlossenen Rübenlieferungsvertrage nicht erfüllt, so daß sie für die Konventionalstrafen selbst haften würde. Demnach führt sie die von ihr auf eigenen Namen übernommene Domänenpachtung ihres Ehemannes nicht für eigene Rechnung. Vielmehr hat sie den Kindern und den Gläubigern ihres Ehemannes gegenüber anzuerkennen, daß sie die Pachtung als ein Aktivum des Nachlasses in ihrer oben gekennzeichneten Stellung zum Nachlasse angetreten hat. Hat sie die Pachtung ohne jede weitere Abmachung übernommen, so ist sie materiell in der Stellung, die sie zum Nachlasse einnimmt, als Nießbraucherin und Verwalterin des Nachlasses ihres Ehemannes in den Pachtvertrag eingetreten, so daß durch jenen Eintritt, wenn schon er in eigenem Namen erfolgt ist, den Rechten weder der Kinder noch der Gläubiger des Ehemannes zu nahe getreten ist. Hieraus ergiebt sich die Haftung der Witwe und der Kinder für den Rübenlieferungsvertrag.

Nr. 2562. III. Sen. 12. März 1889. III. 309. 88. Bd. 22, Nr. 48, S. 229.

Untersagung des Abzuges der Falcidischen Quart. Manifestationspflicht. (Gem. R.). Wie dem Erben das Recht auf die Falcidische Quart entzogen werden kann, darüber herrscht Streit. Das Richtige ist, daß die gesetzliche Regel der Falcidischen Quart in dem Falle als ausgeschlossen zu erachten ist, wenn die mit ausdrücklichen Worten ausgesprochene oder sonst auf positive Weise erkennbar gewordene Absicht des Testators darauf gerichtet war, jene Regel auszuschließen. Vergl. l. 12, l. 15 § 1, l. 8 Dig.

ad leg. Falc. 35, 2; Nov. 1 cap. 2 § 2. Aus der bei Anwendung dieses Grundsatzes mit Recht erfolgten Abweisung der Widerklage des Beklagten, soweit sie die Feststellung bezweckt, daß den Klägern wegen Entziehung der Falcidischen Quart kein Anspruch auf solche zustehe, folgt jedoch nicht ohne weiteres die Berechtigung der Kläger zu dem in der Klage gestellten Petitum auf eidliche Inventarisation der im Besitze des Beklagten befindlichen Nachlaßgegenstände. Die Ausbildung, welche den Grundsätzen über die Manifestationspflicht eines Schuldners durch die Praxis im Anschlusse an die c. ult. Cod. de jure delib. 6, 30 und einige andere singuläre Bestimmungen des römischen Rechts gegeben worden ist, hat unter Anderem dahin geführt, daß demjenigen, welcher ein in seinem Besitze befindliches Vermögen oder einen aliquoten Teil desselben einem Anderen herauszugeben hat, zu diesem Behufe die Vorlegung eines auf Verlangen eidlich zu bestärkenden Vermögensverzeichnisses obliegt, falls dem Berechtigten eine ausreichende eigene Kenntnis der Bestandteile des Vermögens nicht zuzuschreiben ist. Es kann weder darauf ankommen, ob die Herausgabe eines dem Berechtigten eigentümlichen Vermögens verlangt oder nur ein obligatorischer Anspruch erhoben wird, noch auch darauf, ob das Vermögen desselben in Natur herauszugeben ist oder ihm statt dessen eine nach dem Werte des Vermögens sich bestimmende Geldsumme zukommt. Der mit der Pflichtteilsergänzungsklage belangte Erbe ist daher zur eidlichen Manifestierung des Nachlasses verpflichtet (Nr. 2518, Nr. 2541), wie auch dem auf Entrichtung der Ehescheidungsstrafe verklagten Ehemanne die Manifestationspflicht obliegt. Folgerichtig muß diese Verpflichtung auch in dem jetzt vorliegenden analogen Falle anerkannt werden, wo gegen den Beklagten der Anspruch erhoben ist, die Falcidische Quart, also einen aliquoten Teil des gesamten durch Vermächtnis an ihn gelangten aus einem Inbegriffe von Sachen bestehenden Nachlasses den Klägern herauszugeben. Die Offenbarungspflicht des Beklagten erstreckt sich aber der Natur der Sache nach nicht weiter, als sein Besitz von Nachlaßgegenständen reicht. Deshalb hat er zwar neben den Immobilien sämtliche Mobilien und unter letzteren auch die zum Nachlasse gehörigen Schuldurkunden, Wechsel und sonstige einen Wert repräsentierende Dokumente, soweit sie durch das Vermächtnis in seinen Besitz gelangt sind, zu inventarisieren, nicht aber darf seine Manifestationspflicht allgemein auch auf Forderungen und Schulden des Erblassers, woran ein Besitz nicht möglich ist, ausgedehnt werden.

Nr. 2563. II. Sen. 1. Mai 1883. II. 550. 82. Bd. 9, Nr. 16, S. 81.

Vermächtnis eines Handelsgeschäfts mit der Firma ohne Aktiven und Passiven. Art. 23 H.G.B. Die Aktiven und Passiven des Geschäftes konnten den Erben in dem Sinne verbleiben, daß der Beklagte (Vermächtnisnehmer) den Erben so viel in Geld leistete, als das von dem verstorbenen R. nachgelassene Handelsvermögen nach Abzug der darauf lastenden Schulden wert war, daß mithin das nachgelassene Handelsgeschäft Dritten gegenüber aktiv und passiv von dem Beklagten vertreten, dagegen zwischen ihm und den Erben als ein an ihn verkaufter Bestandteil der Erbschaft behandelt wurde. Wäre aber auch die letztwillige Verfügung von dem Erblasser selbst nicht in dem angegebenen Sinne gemeint gewesen, so ist sie doch so von den Beteiligten, der Klägerin (der alleinigen Erbin des R.) und dem Beklagten wirklich aufgefaßt worden. Die Klage der in das Handelsregister eingetragenen Witwe R. aus Art. 27 H.G.B., womit sie die Firmenveräußerung als unzulässig (Art. 23 H.G.B.) anficht, ist unbegründet. Die Absicht des Erblassers, „sein Speditionsgeschäft“ durch den Beklagten „fortführen und erhalten zu lassen“, ist in der That erfüllt worden. Nr. 30.

Auflage.

Nr. 2564. II. Sen. 27. Februar 1883. II. 475. 82. Bd. 8, Nr. 82, S. 314.

Natürliche Verbindlichkeit. Art. 1235 code civil. (Rhein. R.). Die Schwester der Beklagten hatte einige Tage vor ihrem Tode die Absicht ausgesprochen, eine bestimmte Summe

dem Armenrate in Z. zu hinterlassen, damit aus den Zinsen unbemittelte Mädchen ausgesteuert würden. Zur Errichtung eines Testaments kam es nicht, weil die Kranke, als der bestellte Notar erschien, zu schwach war. Nach deren Tode erklärte die Beklagte gegenüber dem Vertreter des Armenrats und dem Notar, der die Erbteilung vornahm, daß ihr der letzte Wille ihrer Schwester heilig sei, sie innerhalb fünf Jahren die Summe aus den Zinsen zurücklegen und die Stiftung errichten werde. Die nach Ablauf der fünf Jahre erhobene Klage des Armenrats ist abgewiesen. Eine natürliche Verbindlichkeit des Erben, bloß mündlich ausgedrückte letztwillige Anordnungen des Erblassers zu erfüllen, ist nicht anzuerkennen. Eine Novation (Art. 1271 Nr. 1 code civil) liegt nicht vor. Die Klage stützt sich auf ein Versprechen, dessen Inhalt und Ursache eben die Erfüllung des nicht bestehenden letzten Willens ist. Das Gesetz spricht aber nirgends aus, daß die natürliche Verbindlichkeit durch das Anerkenntnis und die Zusage der Erfüllung zu einer klagbaren werde, sondern es erwähnt nur die eine Wirkung derselben (Art. 1235 code civil), daß das zu deren Erfüllung freiwillig Bezahlte nicht zurückgefordert werden kann, und in der That hat man die rechtlichen Wirkungen der natürlichen Verbindlichkeit auf den Ausschluß der Zurückforderung des Bezahlten beschränken wollen, so daß auch die Zulässigkeit der Novierung nur mit der rechtlichen Konstruktion begründet werden kann, daß dabei die natürliche Verbindlichkeit als getilgt anzusehen ist (Art. 1234, 1271 Nr. 1 code civil). Noch bestimmter hat sich der badische Gesetzgeber in L.R.S. 6e dahin ausgesprochen, daß die natürliche Verbindlichkeit weder „Ansprache noch Forderung“ wirkt, sondern nur die Anfechtung oder Zurückforderung dessen ausschließt, was man ihr gemäß gethan oder gegeben hat.

Nr. 2565. VI. Sen. 28. März 1895. VI. 403. 94. Bd. 35, Nr. 35, S. 147.

Herausgabe der künftigen Erbschaft eines Dritten als Gegenstand der Belastung des Bedachten in einer letztwilligen Verfügung. (Gem. R.). Anton F. hinterließ bei seinem Tode im Jahre 1893 vier Töchter. Zwei von ihnen sind mit den Klägern, eine dritte ist mit dem Beklagten verheiratet. In seinem durch ein Kodizill ergänzten Testamente sind die Ehefrauen der Kläger zu Universalerbinnen eingesetzt. Die Ehefrau des Beklagten ist mit einem Vermächtnisse von 200000 Mk. unter Beschränkung auf den Genuß der zu 8000 Mk bestimmten Zinsen von diesem Kapital bedacht. Der Erblasser hat dabei folgende Verfügung getroffen: „Ebenso verfüge ich, daß, falls mein Bruder Berthold F. nach mir verstirbt, der Teil der Erbschaft, der dann meiner Tochter Auguste“ (der Ehefrau des Beklagten) „zufällig würde, als hinfällig anzusehen wäre, da auch dieser Teil der Erbschaft meinen Haupterben zu überweisen ist, wogegen von seiten meiner Tochter oder deren Erben keine Einrede geschehen darf.“ Nach dem Tode des Testators starb Berthold F. Er hatte die Ehefrau des Beklagten zu einem Fünfzehntel als Erbin eingesetzt. Der Beklagte hat die Erbschaft angetreten. Die Kläger beanspruchen auf Grund der letztwilligen Verfügung des Anton F. die Überlassung dieses Erbteiles. In l. 17 § 1, l. 27 §§ 9, 10 Dig. ad S. C. Trebell. 36, 1 ist anerkannt, daß ein Testator seinem Erben auch auflegen könne, eine ihm von einem Dritten zukommende Erbschaft herauszugeben. Wenn man hiergegen das Bedenken erheben will, daß aus diesen Stellen nicht zu ersehen sei, daß der mit der Auflage beschwerte Erbe die Erbschaft des Dritten noch nicht angetreten gehabt und daß der Letztere zur Zeit der Errichtung des Testaments, worin die Auflage gemacht worden, noch gelebt habe, so würde doch dieser Einwand nur die ausdrückliche Anerkennung einer derartigen Auflage im römischen Recht beseitigen können. Um eine solche letztwillige Verfügung allgemein für ungültig zu erklären, würde immer noch eine dahingehende positive gesetzliche Vorschrift erforderlich sein. An dieser fehlt es aber. Die c. 30 Cod. de pactis 2, 3 bezieht sich nur auf Geschäfte unter Lebenden, nicht auf letztwillige Verfügungen über die Erbschaft eines Dritten, und es fehlt an einem Grunde dafür, die Bestimmungen des Gesetzes auf die letzteren auszudehnen. Nr. 2545. Der Revision

kann auch darin nicht Recht gegeben werden, daß die in Rede stehende letztwillige Anordnung unter den hier obwaltenden besonderen Verhältnissen als unanständig und pietätlos angesehen werden müsse. Anton F. wollte der Ehefrau des Beklagten so viel zuwenden, daß sie aus seinem Nachlasse und dem seines Bruders Berthold zusammen 200000 Mk. und von diesem Kapitale bei ihren Lebzeiten die jährliche Rente von 8000 Mk. erhielt. Hierin kann etwas Anstößiges nicht gefunden werden. Ebensowenig erscheint es unanständig, daß er diesen Zweck auf die in der letztwilligen Verfügung angegebene Weise zu erreichen suchte und nicht einen anderen Weg wählte. Auch darin, daß er dies vielleicht seinem Bruder Berthold verschwiegen hat, liegt nichts Anstößiges. Es kann nicht anerkannt werden, daß für ihn eine rechtliche oder sittliche Pflicht bestand, seinem Bruder von dem Inhalte der streitigen Verfügung Mitteilung zu machen.

Nr. 2566. II. Sen. 16. Mai 1893. II. 51. 93. Bd. 31, Nr. 79, S. 350.

Letztwillige Zuwendung unter der Bestimmung, daß das Zugewendete für eine gewisse Zeitdauer „kuratorisch verwaltet" werde. (Rhein. R.). Ungerechtfertigt ist die Rüge des Revisionsklägers, es enthalte die der letztwilligen Verfügung hinsichtlich des den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Vermögensteils beigefügte Bestimmung des Erblassers: „Ich verordne, daß dies Vermögen kuratorisch verwaltet werde, bis mein Sohn das 30. Lebensjahr erreicht haben wird", eine rechtlich unzulässige Anordnung und es sei diese Anordnung nach L.R.S. 900 „für nicht geschrieben" zu erachten. Die hierauf bezüglichen Ausführungen des Revisionsklägers sind nicht zutreffend. Zunächst könnte aus der Regelung in L.R.S. 1055 und L.R.S. 1056 überhaupt kein Beweisgrund für Unzulässigkeit einer derartigen Anordnung in anderen Fällen abgeleitet werden. Sodann kann aus einer Unzulässigkeit der Bestellung eines Testamentsvollstreckers mit umfangreicheren, insbesondere ihrer Zeitdauer nach ausgedehnteren Befugnissen, als L.R.S. 1026 bezeichnet, nichts bezüglich des vorliegenden Falles abgeleitet werden, da in diesem nicht ein Testamentsvollstrecker, dessen rechtliche Stellung auch unmittelbar in der Berufung durch den Erblasser wurzelt, in Frage steht, es sich hier vielmehr um eine den Charakter einer Auflage tragende Bestimmung handelt, wodurch der Erblasser hinsichtlich des seiner völlig freien Verfügungsgewalt unterstehenden Vermögensteils zum Schutze des Eigentumsrechtes, welches er hieran neben dem (unter einer auflösenden Bedingung) in erster Reihe Bedachten einem (unter einer aufschiebenden Bedingung) in zweiter Reihe (als dem Ersteren substituiert) Bedachten letztwillig zuwendet, den in erster Reihe Bedachten veranlaßt, die Verwaltung des betreffenden Vermögens für einen gewissen mäßig bemessenen Zeitraum nicht selbst zu führen, sondern einer anderen Person zu überlassen. Der Zulässigkeit einer solchen Bestimmung steht aber weder die in dem Gesetze getroffene Regelung des Umfanges der Befugnisse eines Testamentsvollstreckers noch eine sonstige Bestimmung des Gesetzes entgegen. Wenn man nämlich auch, sofern nach sonstigen Erwägungen der Wille des Gesetzes als entgegenstehend zu erachten wäre, nicht etwa den Satz aufstellen könnte, daß ein Erblasser da, wo er über einen Vermögensteil frei verfügen kann, befugt sein müsse, diesen Vermögensteil unter beliebigen Beschränkungen zuzuwenden, so ist doch für einen Fall der jetzt vorliegenden Art kein Gesetzeswille erkennbar, welcher einer letztwilligen Zuwendung hierüber unter der in Rede stehenden Beschränkung im Wege stände. Diese Beschränkung, welche den Vollzug einer an sich erlaubten und löblichen Absicht des Erblassers zu sichern und zu fördern geeignet ist, muß vielmehr einer erlaubten Bedingung gleich geachtet werden, unter der der Erblasser über Vermögen, worüber er frei verfügen darf, verfügt. Die Erfüllung der Auflage aber kann, ohne daß damit der Bedachte einen durch das Gesetz verbotenen Zwang erleidet, dadurch herbeigeführt werden, daß entweder der in erster Reihe Bedachte eine geeignete von dem in zweiter Reihe Bedachten nicht beanstandete Person als Verwalter des betreffenden Vermögensteils bestellt oder daß, sofern er sich nicht mit dem in zweiter Reihe

Bedachten einigt, der Richter auf Anrufen der einen oder der anderen Partei die Entscheidung bezüglich der als Vermögensverwalter zu bestellenden Person giebt.

Testamentsvollstrecker.

Nr. 2567. VI. Sen. 21. April 1890. VI. 16. 90. Bd. 26, Nr. 79, S. 380.

Maßgebendes örtliches Recht für die auf die Testamentsvollstreckung bezüglichen Rechtsverhältnisse. (Gem. R.). Nach den hier im Falle Nr. 2838 maßgebenden gemeinrechtlichen Grundsätzen werden alle eine Erbschaft betreffenden Rechtsverhältnisse, also auch die auf die Testamentsvollstreckung bezüglichen, von dem Rechte des letzten Wohnsitzes des Erblassers (im vorliegenden Falle Hamburg) beherrscht, während es in dieser Beziehung durchaus gleichgültig ist, an welchem Orte das etwaige Testament errichtet ist und an welchem Orte der Testator zur Zeit der Errichtung desselben gewohnt hat. Der vom Oberlandesgerichte weiter hinzugefügte Grund, daß die Ernennung von zwei Testamentsexekutoren, auf welche es hier zunächst ankommt, überhaupt nicht in dem unter der Herrschaft des preußischen A.L.R. errichteten Testamente, sondern erst in dem zweiten von dem inzwischen nach Hamburg verzogenen Erblasser hier errichteten Kodizille vorgenommen ist, erschien freilich insofern nicht als unbedenklich, als nach gemeinem Recht testamentarische Kodizille in vielen Beziehungen rechtlich so behandelt werden, als wenn sie zugleich mit dem Testamente errichtet wären (vergl. l. 2 § 2; l. 16 Dig. de jure codic. 29, 7). Indessen kam es hierauf nicht weiter an, da der ersterwähnte Grund völlig ausreichte. Die maßgebende hamburgische Partikularrechtsnorm ist sodann vom Oberlandesgerichte unanfechtbar dahin festgestellt worden, daß beim Wegfalle eines von mehreren Testamentsvollstreckern auf Antrag eines Interessenten von der Vormundschaftsbehörde ein anderer Exekutor zu bestellen ist, falls nicht der Testator einen abweichenden Willen kundgegeben habe. Daß Letzteres hier nicht geschehen sei, ist vom Berufungsgericht in rechtlich unbedenklicher Weise thatsächlich festgestellt. Hierbei ist sachgemäß die Berufung des Beklagten auf den Umstand, daß das Testament in Preußen errichtet ist, wo im Zweifel anstatt eines wegfallenden Exekutors nicht ein anderer bestellt wird, deswegen für unzutreffend erklärt worden, weil die Ernennung von zwei Testamentsexekutoren erst in dem in Hamburg errichteten zweiten Kodizille geschehen ist; denn bei der thatsächlichen Ermittelung des im Kodizille zur Erscheinung gekommenen Willens des Testators ist das Kodizill für sich, nicht als fingierter Teil des Testaments ins Auge zu fassen (vergl. l. 7 § 1 Dig. de jure codic. 29, 7).

Nr. 2568. III. Sen. 2. Juli 1886. III. 62. 86. Bd. 16, Nr. 29, S. 139.

Befugnis des Testamentsvollstreckers gegenüber dem eingesetzten Erben. (Gem. R.). Es liegt schon im Begriffe des Rechtsinstituts, daß der Testamentsvollstrecker den Inhalt des Testaments vertreten, die letztwilligen Verfügungen zur Ausführung bringen, insbesondere dafür sorgen muß, daß jeder Bedachte erhält, was der Erblasser ihm zuwenden will. Der Erblasser hat aber dem Beklagten auch noch besonders die Vollmacht und den Auftrag erteilt, seinen Nachlaß nach Maßgabe seiner letztwilligen Verfügungen zur Verteilung zu bringen. Mit dieser seiner Aufgabe und Stellung als Testamentsvollstrecker setzt sich der von der als Universalerbin eingesetzten Kapelle auf Herausgabe des Nachlasses und Rechnungslegung Beklagte in Widerspruch, wenn er einwendet, daß die klagende Kapelle die Eigenschaft einer juristischen Person nicht habe, und damit die Erbeinsetzung angreifen und das Testament selbst und folglich seine eigene Berufung als Testamentsvollstrecker in Frage stellt. Der Beklagte ist zur Bestreitung der Erbeinsetzung überhaupt nicht legitimiert.

Nr. 2569. I. Sen. 18. Februar 1882. I. 666. 81. Bd. 9, Nr. 56, S. 208.

Vertretung des Testamentserben durch den Testamentsvollstrecker bei Streitigkeiten über das Erbrecht. (Gem. R.). Nach gemeinem Recht vertritt der Testamentsvollstrecker Dritten gegenüber den Nachlaß oder, wenn man will, den Erblasser. Er

vertritt damit auch die Testamentserben, da diese von ihrem Erbschaftserwerbe an die wirklichen Interessenten sind, wenigstens soweit es sich um die Vertretung der sämtlichen Testamentserben Dritten gegenüber handelt und zwar mit der Beschränkung, daß er nicht zum Nachteile jener Erben über ihr testamentarisches Erbrecht selbst ohne ihre Zustimmung mit Dritten paktieren kann. Die Vertretung eines oder einiger der Testamentserben einem anderen dieser Erben gegenüber ist damit noch nicht gegeben. Jedenfalls ist aber der Testamentsvollstrecker befugt, mit Personen, die gegen das Testament oder neben demselben ein Intestaterbrecht in Anspruch nehmen, als Vertreter der Testamentserben in dem Sinne gültig zu paktieren, daß jene Personen ihrem angeblichen Intestaterbrecht entsagen und auch für die betreffende Quote die testamentarische Erbfolge anerkennen. Ein solches Geschäft liegt recht eigentlich innerhalb der Funktionen des Testamentsvollstreckers. Nr. 2570.

Nr. 2570. III. Sen. 26. Januar 1894. III. 224. 93. Bd. 32, Nr. 39, S. 152.

Legitimation des Testamentvollstreckers zur Prozeßführung. Umfang seiner Vollmacht. (Gem. und preuß. R.). Der zum Testamentsvollstrecker ernannte Kläger hat in jener Eigenschaft gegen die Beklagte, eine Nichte und nächste Intestaterbin des Erblassers, auf Anerkennung der von ihr bestrittenen Gültigkeit des Testaments geklagt, wogegen diese widerklagend begehrt, daß das Testament für nichtig erklärt und der Widerbeklagte zur Herausgabe des Nachlasses an sie verurteilt werde. Das Urteil des Landgerichts hat beide Klagen zurückgewiesen, weil der Testamentsvollstrecker zur Erhebung und Aufnahme von Rechtsstreitigkeiten der vorliegenden Art weder durch seine Rechtsstellung überhaupt noch nach dem konkreten Inhalte der ihm im Testamente erteilten Vollmacht berechtigt sei. Das Berufungsgericht, welches nicht festgestellt hat, ob der Erblasser sein letztes Domizil im Geltungsbezirke des gemeinen Rechts oder in dem des A.L.R. hatte, hat die Frage der Legitimation des Klägers und Widerbeklagten nach den Grundsätzen beider Rechte geprüft. Es gelangt dabei zu dem Ergebnisse, daß der Testamentsvollstrecker befugt sei, auf Feststellung der Gültigkeit des Testaments gegen die dessen Nichtigkeit behauptende Intestaterbin zu klagen, wie deren Klage auf Herausgabe des Nachlasses aufzunehmen, jedoch mit der Maßgabe, daß das in diesem Rechtsstreite ergehende Urteil nur unter den streitenden Parteien selbst Rechtskraft begründe. Auf die Revision des Klägers ist das erste Urteil wiederhergestellt. Der Testamentsvollstrecker ist als solcher nicht als Vertreter oder Mandatar des Erblassers oder der Erben anzusehen, er übt selbständige Rechte und Pflichten aus, die ihm durch das Testament zum Zweck der Ausführung des letzten Willens übertragen sind. Seine Befugnisse bestimmen sich durch den Umfang der ihm übertragenen Geschäfte und nur, soweit es deren Ausführung erfordert, ist er zu handeln befugt. Die Konstituierung und Vertretung des Nachlasses gegen Dritte liegt ihm im Allgemeinen ob; inwieweit er aber dieserhalb klagen und verklagt werden kann, ist im Einzelfalle nach dem besonderen Inhalt des ihm im Testamente erteilten Auftrages zu bestimmen. Ohne besondere Vorschrift im Testament sind Erbschaftsgläubiger und Legatare nicht befugt, gegen den Testamentsvollstrecker zu klagen, und Streitigkeiten der Erben über den Umfang ihrer Erbteile oder die Gültigkeit des Testaments und Ansprüche der Intestaterben auf Herausgabe des Nachlasses gehören als solche nicht in den Geschäftskreis des Testamentsvollstreckers und sind nicht von ihm oder gegen ihn zum Austrage zu bringen. Das Letztere ist freilich bestritten; aber auch vom Reichsgericht ist bereits früher für das gemeine Recht ausgesprochen, daß der Streit, ob testamentarisches oder Intestaterbrecht Platz greife, nicht gegen den Testamentsvollstrecker zum Austrag gebracht werden kann. Dem steht das Urteil im Falle Nr. 2569 nicht entgegen, da dort ein wesentlich anderer Thatbestand, ein Vertrag des Testamentsvollstreckers mit den Intestaterben zum Zweck der Sicherung des Testaments, in Frage stand. Ebenso ist für das A.L.R. in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt, daß der Testamentsvollstrecker als solcher nur die Konstituierung,

Verwaltung und Verteilung des Nachlasses zu betreiben hat und bei Streitigkeiten über das Erbrecht weder zur Vertretung der Testamentserben überhaupt gegen die Ansprüche gesetzlicher Erben noch zur Vertretung gesetzlicher Erben gegen Ansprüche Mitberufener berechtigt ist. Wenn daher nach beiden Rechten die Legitimation des Klägers und Widerbeklagten nicht ohne Weiteres als vorhanden angenommen werden darf, so ist weiter zu prüfen, ob ihm der Erblasser eine für den Rechtsstreit ausreichende Vollmacht erteilen konnte und ob ein dahin gehender Wille im Testament zum genügenden Ausdruck gebracht ist. Für das gemeine Recht ist anzuerkennen, daß der Erblasser dem Testamentsvollstrecker eine so umfassende Vollmacht zur Prozeßführung erteilen kann, daß dadurch sogar die Befugnisse der Erben zur Vertretung des eigenen Erbrechts beschränkt werden, vorausgesetzt, daß seine Disposition nicht gegen zwingende Rechtsnormen verstößt, insbesondere nicht bestehende Pflichtteilsrechte verletzt. Auch für das A.L.R. ist in dem Urteil im Falle Nr. 2572 anerkannt, daß Verfügungsbeschränkungen des Bedachten durch entsprechende Anordnung einer Testamentsvollstreckung selbst dann rechtswirksam getroffen werden können, wenn kein Dritter an deren Aufrechterhaltung ein rechtliches Interesse hat. Es bedarf jedoch dieser Punkt der weiteren Erwägung nicht, da eine Anordnung, wodurch der Testamentsvollstrecker für diesen Rechtsstreit aktiv oder passiv legitimiert würde, aus dem Testamente nicht entnommen werden kann. Die dort getroffene Disposition enthält lediglich eine umfassende Vollmacht, wie sie in Fällen erteilt zu werden pflegt, in denen der Testamentsvollstrecker mit der vollständigen Ordnung und Verwaltung des Nachlasses und zu dessen Vertretung gegenüber Behörden und dritten Personen beauftragt wird. Insoweit ist ihm auch das Recht zur Prozeßführung und zum Abschluß von Vergleichen beigelegt. Damit ist aber für den Fall, daß unter den Erben selbst Streitigkeiten entstehen oder die Intestaterben die Erbschaftsklage auf Grund ihres Intestaterbrechts unter Anfechtung des Testaments erheben, keine besondere Vertretung der Erben verfügt und es können daher auch nur diese für solche Ansprüche aktiv wie passiv legitimiert sein, nicht der hier klagende und beklagte Testamentsvollstrecker.

Nr. 2571. IV. Sen. 28. Januar 1886. IV. 301. 85. Bd. 16, Nr. 43, S. 185.

Befugnis des Testamentsvollstreckers zum Widerspruche gegen Verfügungen der übrigen bei Ordnung des Nachlasses beteiligten unter sich einigen Personen. (Preuß. R.). Die Annahme einer durch den Testamentsvollstrecker vermittelten Fortdauer der Persönlichkeit des Erblassers mit der Wirkung, daß der Wille des Letzteren auch ohne eine der gewollten Beschränkung des Bedachten entsprechende Berechtigung eines Dritten in dem Nachlasse trotz der vollzogenen Rechtsnachfolge in denselben und die dazu gehörigen Rechte fortlebe, muß abgewiesen werden. Von diesem Gesichtspunkte aus ist die Begrenzung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers als eines vom Erblasser behufs der Sicherung der Erfüllung der durch letztwillige Verfügung des Erblassers begründeten Verpflichtungen des Nachlasses dritten Personen gegenüber bestellten Vertreters des Erben dahin gegeben, daß derselbe einer Verfügung über den Nachlaß, in Ansehung deren zwischen dem eingesetzten Erben und allen denjenigen, welche bei der Ordnung des Nachlasses rechtlich beteiligt sind, Einverständnis herrscht, auf Grund des Umstandes, daß eine solche Verfügung vom Erblasser laut dessen Testaments nicht gewollt sei, nicht mit Erfolg widersprechen kann. §§ 557 ff., I. 12 A.L.R. Nr. 2572.

Nr. 2572. II. Ver. Civ.-Sen. 13. Januar 1890. V. 256. 87. Bd. 25, Nr. 62, S. 292.

Rechtswirksamkeit von letztwillig in Verbindung mit einer Testamentsvollstreckung angeordneten Verfügungsbeschränkungen des Bedachten, an deren Aufrechterhaltung kein Dritter interessiert ist. (Preuß. R.). Im Gegensatz zu den Ausführungen in den Fällen Nr. 2463 und 2571 ist die dahin formulierte Frage: „Kann nach preußischem A.L.R. eine letztwillig den Bedachten in der Verfügung über den Gegenstand der Zu-

wendung auferlegte Beschränkung durch entsprechende Anordnung einer Testamentsvollstreckung auch für den Fall rechtswirksam gemacht werden, daß kein Dritter an der Aufrechterhaltung der Beschränkung ein rechtliches Interesse hat?" bejaht worden. Der Rechtsstellung und den Befugnissen des Testamentsvollstreckers werden zu enge Grenzen gezogen, wenn die Ansicht aufgestellt wird, daß der Testamentsvollstrecker als ein vom Erblasser behufs Sicherung der Erfüllung der letztwillig angeordneten Verpflichtungen des Nachlasses gegen dritte Personen bestellter Vertreter des Erben aufzufassen sei und namentlich nicht mit der Aufgabe betraut werden dürfe, die Befolgung von letztwillig angeordneten Verfügungsbeschränkungen des Erben lediglich in dessen eigenem Interesse zu überwachen. Aus den §§ 557—562, I. 12 A.L.R. geht hervor, daß der Testamentsvollstrecker wie seine Machtstellung überhaupt so auch seine Machtbefugnisse dem Erben gegenüber durch den Auftrag des Erblassers empfängt und daß er, wenn ihm neben der Vollziehung des Testamentes die Verwaltung des Nachlasses ganz oder zum Teil aufgetragen ist, auch dem widerstrebenden Erben gegenüber auf die Ausführung des letzten Willens des Erblassers zu bringen so berechtigt wie verpflichtet ist. Wie man dies theoretisch erklären will, ob aus einer Art von vormundschaftlicher Stellung oder aus der Annahme einer dem Erben gegenüber angeordneten Honorierung des Testamentsvollstreckers oder aus der diesem übertragenen Vertretung der im Nachlasse fortbestehenden Persönlichkeit des Erblassers oder wie sonst, kann unerörtert bleiben. Entscheidend ist, daß der Testamentsvollstrecker vom Erblasser beauftragt werden kann, seinen letzten Willen auch gegen den Willen des Erben zur Ausführung zu bringen, und daraus ergiebt sich, daß die Ansicht, der Testamentsvollstrecker sei Vertreter des Erben zur Sicherung der Ausführung des letzten Willens gegen dritte Personen, aus den Vorschriften des A.L.R. über den Testamentsvollstrecker nicht gerechtfertigt werden kann, da diese eine derartige Begrenzung der Aufgabe des Testamentsvollstreckers nicht enthalten. Der weiter aufgestellte Satz, daß letztwillige Anordnungen, welche auf Einschränkung der Verfügungsmacht des Bedachten über den Gegenstand der Zuwendung abzielen, immer nur unter der Voraussetzung rechtsbeständig und verbindlich seien, daß dadurch der fragliche Gegenstand für andere Personen erhalten werden solle, daß also das konkrete Recht einer dritten Person auf Befolgung der Anordnung begründet worden sei, fußt in seinem letzten Grunde auf der Erwägung, daß ohne solche Berechtigung einer dritten Person kein Mittel gegeben sei, der vom Erblasser angeordneten Beschränkung des Bedachten gegen den Willen des Letzteren die Verwirklichung zu sichern. Diese Annahme läßt sich, wenn die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers dem Erben gegenüber, wie angegeben, bestimmt werden muß, jedenfalls für die Fälle nicht aufrecht erhalten, in denen durch Anordnung einer entsprechenden Testamentsvollstreckung ein vom Gesetzgeber zugelassenes Mittel für die Überwachung der angeordneten Verfügungsbeschränkung geschaffen worden ist. Wäre eine die letztwillige Verfügungsbefugnis des Erblassers überschreitende aus objektiven Rechtsgründen unzulässige und darum rechtsungültige Verfügungsbeschränkung des Bedachten in Frage, so würde allerdings die zu ihrer Aufrechterhaltung getroffene Anordnung einer Testamentsvollstreckung wirkungslos sein. Allein eine solche Rechtsungültigkeit liegt hier, wo der Testamentsvollstrecker beauftragt ist, das Erbteil des Sohnes des Erblassers bis zum vierundzwanzigsten Lebensjahre des Bedachten zu verwalten, nicht vor (§ 61, I. 12; §§ 419 ff., II. 2; §§ 707—711, II. 18 A.L.R.). Nr. 2570.

Nr. 2573. IV. Sen. 3. Januar 1889. IV. 239. 88. Bd. 23, Nr. 44, S. 205.

Erlöschen der Vollmacht des Testamentsvollstreckers wegen Pflichtwidrigkeit (Preuß. R.). Wenn auch das Gesetz nicht direkt ausspricht, daß ein Testamentsvollstrecker wegen ihm zur Last fallender Pflichtwidrigkeiten seines Amtes entsetzt und demselben Besitz und Verwaltung des Nachlasses entzogen werden könne, so rechtfertigt sich doch die Zulässigkeit einer derartigen unter Umständen durchaus unentbehrlichen gericht-

lichen Maßregel, welche auf Antrag der Interessenten einzutreten hat, aus der Erwägung, daß erhebliche Pflichtwidrigkeiten des Testamentsvollstreckers sich als unvorhergesehene Umstände darstellen, unter welchen eine Fortdauer der Ausübung des Testamentsvollstreckeramts seitens des pflichtwidrig Befundenen auch dem Willen des Erblassers, seines Machtgebers, sicherlich nicht mehr entsprechen würde (§ 557, I. 12 A.L.R.). Für die Entscheidung über das Erlöschen der Vollmacht ist nach dem hier maßgebenden preußischen Recht der Prozeßrichter, nicht der Nachlaßrichter zuständig. Das Amt des Testamentsvollstreckers ist kein öffentliches Amt, sondern hat den Charakter eines Privatgeschäftes. Der Testamentsvollstrecker untersteht nicht, wie der Vormund gegenüber dem Vormundschaftsgerichte, der Disziplin des Nachlaßrichters. Als Kläger ist der gerichtlich bestellte Pfleger des Nachlasses für legitimiert zu erachten. Neben der Untreue (§ 266 Nr. 1 St.G.B.) können auch minder schwere Pflichtverletzungen Grund geben, die Aufhebung der Vollmacht geboten erscheinen zu lassen. Dahin gehören insbesondere: Ungehorsam gegen die Anordnungen des Erblassers, grobe Fahrlässigkeit bei der Verwaltung des Amtes, bewiesener Mangel an Zuverlässigkeit und Integrität, wie im Allgemeinen jedes Verhalten des Vollstreckers, welches begründeten Anlaß zu der Annahme bietet, daß das fernere Beibehalten desselben den Interessen des Nachlasses und der Erben schädlich oder gefährlich sein würde. Inwieweit dem Testamentsvollstrecker Verstöße solcher Art zur Last fallen, so daß die Notwendigkeit der Entfernung gegeben ist, hat der Richter unter Berücksichtigung der obwaltenden thatsächlichen Verhältnisse nach seinem Ermessen zu beurteilen.

Nr. 2574. II. Sen. 17. November 1882. II. 365. 82. Bd. 8, Nr. 83, S. 317.

Testamentsvollstrecker. Übertragung der Verwaltung des Nachlasses auf eine Reihe von Jahren. Art. 724, 1006, 1025 ff. code civil. (Rhein. R.). Der Erblasser ist nicht berechtigt, die in Art. 1025 ff. code civil bestimmte Frist von Jahr und Tag, für die einem Testamentsvollzieher die saisine des Mobiliarnachlasses vom Erblasser erteilt werden darf, zu verlängern. War nun die dem Kläger erteilte saisine, ohne die ihm als Testamentsvollzieher die Einziehung von Erbschaftskapitalien nicht zustand (Art. 1031 code civil), mit Ablauf der Frist erloschen, so fehlte es ihm an der Legitimation, die Zahlung der von dem Beklagten geschuldeten Summe in Empfang zu nehmen, darüber zu quittieren und Hypothekenlöschung zu bewilligen. Die weitere Verfügung des Erblassers, wodurch der Kläger auf die Dauer von ungefähr zwanzig Jahren zum Verwalter des Nachlaßvermögens mit ausgedehnten Befugnissen bestellt ist, enthält einen Eingriff in die Rechte und die Dispositionsfreiheit der eingesetzten Erben, und eine Verfügung der Art, die dazu führen kann, daß ein Nachlaß für mehrere Generationen von Erben gebunden und der Verwaltung und Verfügung derselben entzogen wird, muß als den Gesetzen zuwider (Art. 900 code civil) und für unwirksam erachtet werden.

Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Nr. 2575. II. Sen. 27. Januar 1888. II. 257. 87. Bd. 20, Nr. 79, S. 351.

Örtlich maßgebendes Recht für die Beurteilung eines letzten Willens. (Preuß. und rhein. R.). Ein Staatsangehöriger des Großherzogtums Hessen aus dem Gebiete des rheinischen Rechts hat in Berlin, nachdem er daselbst seinen Wohnsitz genommen, einen eigenhändigen letzten Willen errichtet und ist in Berlin gestorben. Auf Grund des Art. 110 code civil ist davon auszugehen, daß in Berlin, wo sich auch der gesamte Nachlaß befindet, die Erbfolge eröffnet worden ist. Der Nachlaß ist daher nach dem preußischen Rechte zu regeln und nach diesem die Vorfrage zu erledigen, welches Erbrecht anzuwenden ist. Die Tragweite des Art. 110 code civil ist die, daß, wenn die Erbfolge im Sinne desselben in einem fremden Rechtsgebiete eröffnet worden ist, das Gesetz am Wohnsitze des Erblassers darüber zu entscheiden hat, welches Recht

anzuwenden sei. Nach dem preußischen Recht ist das Gesetz des Wohnsitzes maßgebend. Für den preußischen Richter besteht aber kein Gesetz, wonach ein in Preußen von einem daselbst domizilierten Angehörigen eines anderen Staates errichtetes Kodizill deshalb von der in den §§ 161 ff., I. 12 A.L.R. vorgeschriebenen Beschränkung ausgenommen sein soll, weil diese letztwillige Anordnung volle Wirkung hätte, wenn die Erbfolge im Heimatstaate des Testators eröffnet worden wäre. Das Erbrecht dieses Heimatstaates kommt dabei nicht in Frage. Nr. 2426.

Nr. 2576. IV. Sen. 10. November 1887. IV. 171. 87. Bd. 19, Nr. 59, S. 315.

Testament des Verschwenders. (Gem. und preuß. R.). Die Erblasserin ist, während sie in der preußischen Provinz Sachsen wohnte, für eine Verschwenderin erklärt und die Vormundschaft über sie bis zu ihrem Tode geführt. Sehr bald nach Einleitung der Vormundschaft nahm sie ihren Wohnsitz in der Provinz Hannover, wo sie ein Testament errichtete, dann hat sie ihren Wohnsitz in der Provinz Brandenburg genommen und diesen bis zu ihrem Tode beibehalten. Die Gültigkeit des Testaments, namentlich auch hinsichtlich der Testierfähigkeit, ist nach dem in der Provinz Hannover geltenden gemeinen Rechte zu beurteilen, nach diesem Rechte war das Testament ungültig (l. 18 pr. Dig. qui test. fac. 28, 1). Mit Recht gelangt aber der Berufungsrichter durch analoge Anwendung des § 13, I. 12 A.L.R. zu dem Ergebnisse, daß das Testament in Ansehung der Testierfähigkeit gültig ist, soweit es dies sein würde, wenn es zur Zeit des Todes der Erblasserin errichtet wäre. Das Testament, welches die Erblasserin zu einer Zeit errichtet hatte, wo sie ihren Wohnsitz im Gebiete des gemeinen Rechts hatte, war in Beziehung auf die Wirkung, welche die Entmündigung hatte, lediglich nach den Gesetzen ihres neuen Wohnsitzes, also nach dem A.L.R., zu beurteilen. Dies kennt aber keine eigentliche Testierunfähigkeit des Verschwenders und keine Ungültigkeit seines Testamentes als Ganzes, sondern die Beschränkung des Verschwenders ist mehr eine Beschränkung der Testier*freiheit* und zwar im allgemeinen hinsichtlich der Hälfte seines Nachlasses. Das Testament ist nur so weit ungültig, als diese Schranken (§ 27, I. 12 A.L.R.) überschritten sind. Nr. 2604.

Nr. 2577. III. Sen. 16. November 1894. III. 181. 94. Bd. 34, Nr. 35, S. 161.

Mangel der Unterschrift unter dem bei Errichtung eines Testaments in gerichtlicher Form verschlossen übergebenen Schriftstück. (Gem. R.). Die Erblasserin hat vor dem Amtsgericht in N. ein versiegeltes Paket mit der Aufschrift übergeben: „Dieser Umschlag enthält meinen letzten Willen, welchen ich seinem ganzen Inhalte nach aufrecht zu erhalten bitte. Ich habe denselben eigenhändig unterschrieben, in diesen Umschlag eingelegt und denselben alsdann versiegelt. (Datum und Unterschrift)." Hierauf hat sie erklärt: „Das von mir übergebene Schriftstück enthält meinen letzten Willen, welchen ich durch einen Rechtsverständigen habe zu Papier bringen lassen" u. s. w. Das nach dem Tode der Erblasserin eröffnete Testament beginnt mit den Worten: „Durch gegenwärtiges Testament verfüge ich, die Endesunterzeichnete (folgt der Vor- und Zuname) derzeit in Bad N., letztwillig, was folgt." Die nach diesem Eingange zu erwartende Unterschrift fehlt. Auf diesen Mangel der Unterschrift stützt der Kläger den Angriff gegen die Gültigkeit des letzten Willens. Die beiden Vorinstanzen haben den Mangel der Unterschrift für unwesentlich erklärt. Die hiergegen gerichtete Rüge des Revisionsklägers ist nicht begründet. Die üblichste Gestalt des öffentlichen Testaments, das gerichtliche Testament, beruht im wesentlichen, wenn auch in c. 19 Cod. de test. 6, 23 anerkannt, auf deutschem Gewohnheitsrecht. Diese Gestalt der Testamentserrichtung ist wohl zu unterscheiden von derjenigen, bei welcher eine schriftliche, also den Anforderungen der Schriftform entsprechende Erklärung dadurch Kraft gewinnt, daß sie an öffentlicher Stelle in Verwahrung genommen wird. Der Grund für die Gültigkeit des gerichtlichen Testaments liegt darin, daß Abgabe und Inhalt der Erklärung durch die

von dem Richter nach Anleitung der landesgesetzlichen Vorschriften aufzunehmende Urkunde in öffentlich glaubhafter Weise sicher gestellt wird. Da es sich um eine einseitige der Mitteilung an eine andere Person zu ihrer Wirksamkeit nicht bedürfende Willenserklärung handelt, so ist es zulässig, daß der Erklärende den Inhalt seines Willens vor der Urkundsperson verdeckt hält; solches kann in der Weise geschehen, daß auf ein überreichtes verschlossenes Schriftstück, aus dem die abgegebene Erklärung ihren eigentlichen Inhalt erst empfangen soll, Bezug genommen wird. Formerfordernisse des überreichten Schriftstücks, Unterschrift oder eigenhändige Niederschrift, sind aus allgemeinen Grundsätzen nicht abzuleiten, sie müßten mithin einer besonderen positiven Vorschrift zu entnehmen sein. Zuzugeben ist, daß unter Umständen die Gefahren des Irrtums, der Verwechselung, der Unterschiebung näher gerückt sein können. Dies thatsächliche Moment hat denn auch Anlaß zu vorbeugenden Vorschriften gegeben. Vergl. §§ 101, 102, 108, I. 12 A.L.R. Art. 976 code civil. § 587 des österreichischen Gesetzbuches. Aber es läßt sich nicht behaupten, daß im gemeinen Recht solche beschränkende Vorschriften sich durch Gewohnheit gebildet hätten. Denn der weit überwiegenden Mehrheit der Rechtslehrer sind derartige Vorschriften unbekannt, und deren Geltung ist auch nicht von der Rechtsprechung bezeugt. Einige Rechtslehrer sind abweichender Meinung. Vergl. § 2096 des sächsischen B.G.B. § 1918 des I. Entwurfes des deutschen B.G.B. Motive dazu S. 272.

Nr. 2578. III. Sen. 7. Mai 1889. III. 50. 89. Bd. 23, Nr. 28, S. 140.

Testierfähigkeit Bevormundeter. (Gem. R.) Der Berufungsrichter hat den G., obwohl er wegen Geistesschwäche unter Zustandsvormundschaft gestellt war, mit Recht für testierfähig erachtet, da ihm nach der unangreifbaren Feststellung des Berufungsrichters zur Zeit der Testamentserrichtung an und für sich die physische und geistige Fähigkeit hierzu beiwohnte und die Stellung unter Vormundschaft als solche ein formelles Hindernis für die Testierfähigkeit nicht bildete. Nach den neueren Kodifikationen (der preußischen, österreichischen, französischen und nach der sächsischen Novelle vom 20. Februar 1880) nimmt allerdings die Entmündigung dem Entmündigten die testamenti factio schlechthin dergestalt, daß derselbe bis zur Wiederaufhebung selbst dann testierunfähig ist, wenn er gänzlich oder wenigstens zeitweise, also während lichter Augenblicke, seine Handlungsfähigkeit wieder gewonnen hat. Dies ist aber nicht der Standpunkt des römischen Rechts. Nach diesem läßt die Bestellung eines Vormundes immer noch die Prüfung zu, ob der, zur eigenen Verwaltung seines Vermögens im allgemeinen nicht befähigte, Bevormundete doch befähigt erscheint, darüber zu verfügen, wie es nach seinem Tode mit dem Vermögen gehalten werden solle. § 1 Inst. quib. non est perm. 2, 12. l. 16 § 1 Dig. qui test. fac. 28, 1. c. 9 Cod. qui test. fac. 6, 22. Vergl. kursächsische Vormundschaftsordnung von 1782 Kap. 24 § 5.

Nr. 2579. III. Sen. 30. September 1890. III. 162. 90. Bd. 26, Nr. 37, S. 202.

Aufrechterhaltung eines wegen Nichtbeachtung der Formen ungültigen Testaments als mündliches Testament. (Gem. R.). Wenn erweislich die Absicht des Testators ausschließlich auf die Errichtung eines schriftlichen Testaments gerichtet gewesen wäre, so würde das wegen Nichtbeachtung der für die Errichtung schriftlicher Testamente vorgeschriebenen Formen als schriftliches ungültige Testament allerdings nicht deshalb aufrecht zu erhalten sein, weil die Formen eines mündlichen Testaments beobachtet sind. Wenn es dagegen zweifelhaft ist, in welcher von beiden Formen der Testator hat verfügen wollen, ob die bei der Errichtung eines Testamentes aufgenommene Urkunde zum Zwecke des Beweises eines mündlichen Testamentes oder zum Zwecke der Errichtung eines schriftlichen Testamentes aufgenommen ist, so ist für diejenige Testamentsform zu entscheiden, bei welcher die Aufrechterhaltung des letzten Willens des Testators möglich ist.

Nr. 2580. III. Sen. 3. Juli 1883. III. 76. 83. Bd. 9, Nr. 52, S. 201.

Zeit der Errichtung des Testaments. (Gem. R.). Der Mangel der Angabe des Zeitpunktes der Errichtung eines zu gerichtlichem Protokoll errichteten Testamentes (testamentum apud acta conditum) begründet nicht die Nichtigkeit des Testamentes. c. 19 Cod. de test. 6, 23. Die für das schriftliche testamentum parentum inter liberos getroffene Anordnung, daß dasselbe datiert sein muß (Nov. 107 cap. 1) ist ein Spezialgesetz und darf auf sonstige schriftliche Testamente nicht erstreckt werden. Daraus, daß unter Umständen die Feststellung der Zeit der Errichtung eines Testaments für die Wirksamkeit desselben materiell von wesentlicher Bedeutung werden kann, folgt nicht, daß die Angabe des Zeitpunktes als eine die Gültigkeit des Testamentes bedingende Formalität anzusehen sei. Ein Gesetz, wonach die Gültigkeit eines gerichtlichen Protokolls durch die Angabe des Zeitpunktes seiner Errichtung bedingt wäre, ist nicht vorhanden. Die Vorschrift in Nov. 17 cap. 1 kann nur als eine Ordnungsvorschrift verstanden werden. Desgleichen die Vorschrift in c. 9, 12 Cod. de test. 6, 23. Ebenso die Vorschrift des kanonischen Rechts c. 11 X. de prob. 2, 19, die nur den Civilprozeß, und der älteren Reichsgesetze, Notariatsordnung von 1512 Abschn. 1 §§ 3, 4. Peinliche Halsgerichtsordnung von 1532 Art. 182, die nur das Notariat und den Strafprozeß berühren.

Nr. 2581. I. Sen. 26. Mai 1883. I. 210. 83. Bd. 12, Nr. 38, S. 161.

Testamentsform. Octavus subscriptor. Stellung der Unterschriften. Zeitfolge derselben. (Gem. R.). Der Beklagte rügt, daß die Unterschrift des zur Vertretung des Testators bestimmten achten Zeugen für ausreichend erklärt ist, obgleich derselbe mit seinem eigenen Namen und nicht mit dem des Testators unterschrieben hat. Die hier eingehaltene Art der Unterzeichnung ist aber gerade die allein dem Sinne des Gesetzes entsprechende. — Die Zeugen, der octavus subscriptor mit einbegriffen, haben die Testamentsurkunde, nachdem darunter ein durch einen leeren Zwischenraum und einen horizontalen Strich getrenntes Attest über die von dem Erblasser bei der Testamentserrichtung vorgenommene Handlung gesetzt ist, untersiegelt und unterschrieben. Der auf dem Papiere gelassene Zwischenraum und der Strich sind gleichgültige Äußerlichkeiten. Auch die Einschiebung des Attestes ist für unschädlich zu erachten, weil es der Bedeutung der Zeugenunterschriften nicht widerspricht, wenn die Zeugen dabei diese ihre Eigenschaft ausdrücklich zu erkennen geben, und weil es wiederum einerlei ist, ob sie dies vor oder hinter der Unterschrift, in einem kurzen Vermerk oder in längerer Darlegung thun. — Der octavus subscriptor muß sich in Ansehung des Unterschreibens gerade so verhalten wie der Testator selbst, den er vertreten soll. c. 21 pr. Cod. de test. 6, 23. Es ist weder in der cit. c. 21 pr. noch in § 7 der Reichsnotariatsordnung von 1512, Titel von Testamenten, deutlich gesagt, daß es nicht genügen sollte, wenn der Testator seine Unterschrift auch erst nach der Besiegelung und Unterzeichnung einzelner oder aller Zeugen hinzufügt, Letzteres ist daher zulässig, vorausgesetzt, daß er es in ihrer aller Gegenwart thut, und daß alles uno actu vor sich geht.

Nr. 2582. VI. Sen. 5. Oktober 1891. VI. 129. 91. Bd. 28, Nr. 33, S. 150.

Form der im Testamente bestätigten Kodizille. (Gem. R.). Vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus ist kein Grund erfindlich, die Geltung im Testamente bestätigter Kodizille anderen Schriftstücken beizulegen als solchen, die eben auch ihrer Form nach wirklich im Testamente im voraus bestätigt sind. Das Oberlandesgericht hat die Meinung zu erkennen gegeben, daß wegen l. 6 § 2 Dig. de jure codic. 29, 7 und l. 89 pr. Dig. de leg. (II) 31 nach gemeinem Recht in denjenigen Gebieten, wo gewohnheitsrechtlich konfirmierte Kodizille nicht an die in c. 8 § 3 Cod. de codic. 6, 36 verordnete allgemeine Kodizillarform gebunden seien, sie auch nicht einmal durch den Willen des Testators an irgend eine bestimmte Form gebunden werden könnten,

sondern daß, wenn überhaupt einmal eine konfirmatorische Klausel im Testament enthalten sei, dann auch immer jedes Kodizill, gleichviel in welcher Form errichtet, gelten müßte. Dies seltsame Ergebnis wird durch die obigen beiden Pandektenstellen, aus denen es gezogen sein soll, keineswegs gerechtfertigt. Die Stellen besagen nur, daß der Testator sich für die von ihm zu errichtenden Kodizille nicht über die allgemein erforderliche Form hinaus an Erschwerungen im voraus binden könne. Das hieß zu der Zeit, als die Stellen von römischen Juristen geschrieben wurden, allerdings: gar nicht, weil eben damals für Kodizille gesetzlich noch gar keine Form vorgeschrieben war; im Sinne des Justinianischen Rechts muß als stillschweigend vorausgesetzt gedacht werden, daß im übrigen die gesetzliche Kodizillarform eingehalten sei. Die Stellen passen daher gar nicht auf einen Fall, wo sich der Testator die gesetzliche Kodizillarform durch eine „Konfirmation" erleichtert; die Konfirmation kann vielmehr immer nur so weit wirken, wie sie nach dem erklärten Willen des Testators reichen soll.

Nr. 2583. III. Sen. 24. Februar 1882. III. 553. 81. Bd. 6, Nr. 46, S. 174.

Widerruf korrespektiver Testamente. (Gem. R.). Wenn auch Testamente als einseitige Rechtsakte unbeschränkt widerruflich sind und die äußere Vereinigung zweier Testamente in einer Urkunde hieran an sich nichts ändert, so sind die gemeinschaftlichen Testamente, wenn sie vertragsmäßig bindende Bestimmungen enthalten, nicht einfach einseitige Rechtsakte, und ihre Widerruflichkeit ist insoweit beschränkt, als dies eine Folge des vertragsmäßigen Gebundenseins ist. Nicht gerechtfertigt ist die Ansicht, daß ein die Widerruflichkeit beschränkendes vertragsmäßiges Gebundensein nur dann vorliege, wenn dies von den Testatoren ausdrücklich als ihr Wille ausgesprochen ist. Denn es kann immer nur darauf ankommen, daß sich der Wille durch den Inhalt des Testamentes erkennbar gemacht hat, nicht, daß dies mit ausdrücklichen Worten geschehen ist. Bei korrespektiven Testamenten aber kommt es sehr häufig vor, daß sie gemeinsame Verfügungen enthalten, die eine vorgängige Übereinkunft zur notwendigen Voraussetzung gehabt haben und mit genügender Sicherheit erkennen lassen, daß und inwieweit sich die Testierenden gegenseitig haben binden wollen. Nr. 2603.

Nr. 2584. I. Sen. 7. Juli 1883. I. 273. 83. Bd. 14, Nr. 43, S. 183.

Widerruf des Testamentes. Örtliches Recht. (Gem. R.). Nach gemeinem deutschen Recht ist nicht das Recht der Staatsangehörigkeit, sondern des letzten Wohnsitzes des Erblassers maßgebend. Speziell in Beziehung auf die Form des Widerrufes einer letztwilligen Verfügung greift wie bezüglich der Form der Errichtung einer solchen der Satz „locus regit actum" ein. Beim Vorhandensein mehrerer Testamentsexemplare wird der Widerruf auch schon durch die Vernichtung eines Exemplares gültig vollzogen, falls nur der entsprechende Wille dabei erkennbar wird. l. 4 Dig. de his quae 28, 4. Dagegen ist nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts eine Abschrift, und wäre sie auch eine beglaubigte, mit dem Testamente selbst nicht gleichwertig. l. 7 § 7 Dig. de bon. poss. sec. tab. 37, 11.

Nr. 2585. III. Sen. 12. Mai 1893. III. 319. 92. Bd. 31, Nr. 36, S. 175.

Abänderung der im Testamente festgesetzten Erbportionen durch Kodizill. (Gem. R.). In dem von den R.schen Eheleuten errichteten korrespektiven Testamente ist dem überlebenden Ehegatten die Befugnis gewährt worden, die gemeinsam getroffene Disposition so weit zu modifizieren, als durch letztwillige Anordnungen, die zu ihrer Gültigkeit nur Kodizillarform im Gegensatze zur Testamentsform erfordern, erreichbar ist. Konnte hiernach der überlebende Ehegatte nur kodizillarische Verfügungen treffen, so ist der Ausgang des Rechtsstreites von der Beantwortung der in den Quellen nicht berührten Rechtsfrage abhängig, ob die im Testamente festgestellten Erbportionen der eingesetzten

Erben durch Kodizill geändert werden können. Das Berufungsgericht bejaht diese Frage; es nimmt an, daß der überlebende Ehegatte in der Lage gewesen ist, die eingesetzten Erben zum Teile zu Gunsten der anderen Erben mit Vermächtnissen zu belasten oder auch direkt die Erbquoten, nach denen die Erben am Gesamtnachlasse partizipierten, abweichend vom Testamente zu bestimmen; für das Eine wie das Andere soll die Kodizillarform genügen. Für die zu entscheidende Frage ist es nun zunächst unerheblich, daß der überlebende Ehegatte im Kodizill auf indirektem Wege, also durch Anordnung von Singular- und Universalfideikommissen unter Verbot des Abzuges der Quart, die von ihm beabsichtigte Beschränkung der Kläger auf den Pflichtteil erreichen konnte; denn diesen Weg hat er nicht gewählt, vielmehr direkt die Beschränkung der Kläger auf den Pflichtteil angeordnet, und nach § 2 Inst. de codic. 2, 25 ist nicht zu bezweifeln, daß die Möglichkeit, die vermögensrechtlichen Wirkungen einer an sich nur im Testamente zulässigen Verfügung im Kodizille per fideicommissum herbeizuführen, das dem Kodizille grundsätzlich verschlossene Gebiet nicht erweitert. Die angezogene Stelle verschließt aber dem Kodizille datio wie ademtio hereditatis, ne confundatur jus testamentorum et codicillorum; demnach kann nach Entscheidung der Quellen im Kodizill kein Substitut ernannt und einer Erbeseinsetzung keine Bedingung hinzugefügt werden: ebensowenig kann das Kodizill einem Erben, der im Testamente auf mehrere Erbteile berufen worden ist, einen der Erbteile nehmen. Von diesen Grundsätzen aus muß aber auch eine Änderung der testamentarischen Erbportion durch Kodizill für unzulässig erachtet werden. Ist es unzulässig, eine unbedingte Erbeinsetzung im Kodizille unter eine Bedingung zu stellen, weil sie hierin im Sinne des Gesetzes eine ademtio enthalten ist, und kann nicht bezweifelt werden, daß die unbedingte Erbeinsetzung im Kodizille auch nicht für einen Teil der dem Erben zugewiesenen Erbportion unter eine Bedingung gestellt werden darf, so erscheint es um so weniger zulässig, dem eingesetzten Erben im Kodizille unbedingt einen Teil seiner Erbportion zu entziehen. Die Minderung der Erbportion eines Erben ist aber gleichzeitig notwendig auch datio hereditatis für die übrigen Erben; diese enthalten aus der Beschränkung eines Erben auf eine geringere Erbquote und somit unmittelbar aus der Verfügung des Kodizillanten in einer weiteren Quote zu ihrer Erbportion einen Zuwachs, der sich rechtlich als datio hereditatis darstellt. Dem Kodizillanten ist aber nach römischem Recht jede Bestimmung über die direkte Erfolge verwehrt, und ein entgegenstehendes gemeines Gewohnheitsrecht hat sich nicht gebildet. Ist nun dem überlebenden Ehegatten nur die Kodizillarbefugnis gewährt worden, so ist die zur Frage stehende direkt in die Erbfolge eingreifende Verfügung ungültig.

Nr. 2586. IV. Sen. 9. Juni 1887. IV. 113. 87. Bd. 18, Nr. 65, S. 301.

Testierfähigkeit der Taubstummen. Testamentsform. (Preuß. R.). Taubstumme, auch wenn sie so geboren oder vor dem 14. Lebensjahre in diesen Zustand geraten, sind deshalb nicht testierunfähig, sofern sie nur Geschriebenes lesen und sich schriftlich ausdrücken können. §§ 26, 123, I. 12 A.L.R., §§ 24, 171, I. 5 das. Nachdem die §§ 15, 16, II. 18 A.L.R. durch § 81 Nr. 3 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 ersetzt sind, kann hier dahingestellt bleiben, welchen Einfluß eine erfolgte Einleitung der Vormundschaft auf die Handlungsfähigkeit im allgemeinen und insbesondere die Testierfähigkeit des Erblassers geäußert haben würde, da eine Vormundschaft über den Testator nicht eingeleitet ist. Der Testator, welcher schreiben und Geschriebenes lesen konnte, würde demzufolge gültig in der Weise haben testieren können, daß er die ihm vom Gericht schriftlich vorgelegten Fragen bezüglich seines letzten Willens schriftlich beantwortete (123, I. 12 A.L.R.). In dieser Weise ist nicht verfahren; vielmehr hat der Testator die ihm schriftlich vorgelegten Fragen mündlich beantwortet, und die so erteilten Antworten sind vom Gericht protokolliert, demnächst auch von dem Testator nach eigener Durchlesung des Protokolls laut seines schriftlichen Vermerkes am Schlusse

der Verhandlung wiederholt genehmigt. Aus den hierauf bezüglichen Eingangsworten über die Fähigkeit des Testators, sich verständlich zu machen, durfte der Berufungsrichter den Schluß ziehen, daß, wie dies der Regel entspricht, die Antworten des Testators in völlig verständlicher Weise erteilt und auf das Diktat des Richters vom Protokollführer richtig niedergeschrieben seien (§ 139, I. 12 A.L.R.). Der Zuziehung eines Beistandes zu der Testamentsverhandlung (§ 18, II. 18 A.L.R.) bedurfte es nicht, einmal, weil die Fähigkeit des Testators zu schriftlichem und lautrichtigem gemeinverständlichen mündlichen Ausdruck festgestellt ist (Kabinetsordre vom 23. Februar 1805), sodann weil die Vorschrift des § 18, II. 18 A.L.R. auf Testamentsverhandlungen überhaupt nicht anwendbar ist. Die Form der Testamentserrichtung ist für alle Fälle in Titel 12 Teil I A.L.R. erschöpfend geregelt (vergl. § 1, II. 4 A.G.O.) und dort die Notwendigkeit eines Beistandes für Taubstumme nicht vorgeschrieben.

Nr. 2587. IV. Sen. 16. Februar 1893. IV. 456. 92. Bd. 31, Nr. 48, S. 225.

Form der Willenserklärung des Testators bei Errichtung des Testaments zu Protokoll, 1. wenn der Testator des Gebrauches der Sprache mächtig ist, 2. wenn er des Gebrauches der Sprache zur Zeit beraubt ist. (Preuß. R.). Der Rentier L. hat seine Ehefrau, die Beklagte, und seine Geschwister, unter diesen die klagende Frau F., als gesetzliche Erben hinterlassen. Er hat am Tage vor seinem Tode vor dem Dorfgericht eine letztwillige Verordnung errichtet, wonach er seiner Ehefrau den Nießbrauch an dem Nachlasse vermacht hat. Die Kläger haben diese Verordnung angefochten, insbesondere weil der Testator sie nicht zu Protokoll erklärt habe. Das Landgericht hat abweisend, das Oberlandesgericht verurteilend erkannt, auf die Revision der Beklagten hat das Reichsgericht das Urteil aufgehoben. Der Berufungsentscheidung liegen die Annahmen zu Grunde, daß das Gesetz für die Testamentserrichtung zu Protokoll auf seiten des Testierenden, wenn er des Gebrauches der Sprache mächtig sei, eine mündliche Erklärung im eigentlichen Sinne des Wortes, also eine durch die Sprache abgegebene Erklärung verlange, und die fernere, daß eine Person, die zeitweise des Gebrauches der Sprache nicht mächtig sei, in diesem Zustande nur unter Wahrung der durch das Gesetz für Stumme gegebenen Formvorschriften rechtsgültig testieren könne. Nach beiden Richtungen beruht die Entscheidung auf Gesetzesverletzung. In ersterer Hinsicht stehen dem Berufungsrichter die von ihm allegierten Gesetzesvorschriften nicht zur Seite. In § 66, I. 12 A.L.R. ist über die Form des Ausdruckes der zum gerichtlichen Protokoll zu gebenden Erklärung nichts gesagt. Der § 104 a. a. O., und dasselbe gilt von § 3, II. 4 A.G.O., hat, wenn er von „mündlich zu Protokoll erklärten" Verordnungen spricht, im Anschlusse an die in § 66 a. a. O. gemachte Unterscheidung die zum gerichtlichen Protokolle erklärten letztwilligen Verfügungen im Gegensatze zu den schriftlich übergebenen Testamenten und Kodizillen im Auge (vergl. §§ 107, 108, 112—114, 133—136, 153, I. 12 A.L.R.). Es ist aber andererseits gerade der § 104 a. a. O., der die Annahme des Berufungsrichters als unrichtig erkennen läßt. Vergl. §§ 63—66, I. 25 A.G.O., § 1, II. 4 A.G.O., §§ 66—241, I. 12 A.L.R., §§ 34, 42, II. 2 A.G.O. Danach ist es dem Richter bei der Aufnahme letztwilliger Verfügungen, ebenso wie bei der Aufnahme anderer Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nur zur Pflicht gemacht, auf eine zuverlässige Ermittelung, also auch auf eine zuverlässige Äußerung der Willensmeinung des Erklärenden hinzuwirken. Eine zuverlässige Willensäußerung liegt aber, wie das Gesetz solches ausspricht (§ 57, I. 4 A.L.R.) nicht allein vor, wenn die Erklärung durch Worte, sondern auch dann, wenn sie durch andere deutliche Zeichen zum Ausdruck gebracht ist. Das Nicken mit dem Kopfe ist ein deutliches Zeichen für eine bejahende Antwort. Es ist auch kein Grund ersichtlich, der zu einer Unterscheidung in Ansehung der Zuverlässigkeit einer zustimmenden Willensäußerung führen könnte, je nachdem diese

durch ein Nicken mit dem Kopfe oder durch das ausgesprochene Wort „ja“ geschehen ist. Daß der Erblasser seinen Willen dem Gericht nicht selbständig und im Zusammenhange erklärt, das Gericht vielmehr durch Stellung von Fragen, deren Inhalt nach Lage der Verhältnisse den Absichten des Erblassers entsprach, den Willen des Letzteren ermittelt hat, ist ohne Bedeutung. Das Gesetz verlangt eine Vernehmung des Testators durch das Gericht, und eine solche kann auch in der hier angewendeten Form erfolgen, durch die die Zuverlässigkeit der Willensermittelung nicht beeinträchtigt wird und die, was sich aus der Natur der Verhältnisse ergiebt, gerade bei Aufnahme letztwilliger Verfügungen in vielen Fällen diejenige ist, welche allein in Frage kommen kann. Von entscheidender Bedeutung für die Rechtsgültigkeit mündlich zu Protokoll erklärter letztwilliger Verfügungen ist, daß der durch das Gericht auf Grund der erfolgten Vernehmung ermittelte Wille des Testators protokolliert und das Protokoll dem Testator vorgelesen, von ihm genehmigt und unterschrieben wird (§ 155, I. 12 A.L.R., § 33 Anh. A.L.R., §§ 43 ff., II. 2 A.G.O.). Diesen Erfordernissen der Testamentserrichtung ist hier genügt; insbesondere hat auch der Erlasser die Verhandlung unterschrieben. Die weitere Annahme des Berufungsgerichts, daß Personen, die infolge eines körperlichen Leidens zur Zeit des Gebrauches der Sprache nicht mächtig sind, nur unter Beobachtung der für Stumme gegebenen Formvorschriften rechtsgültig testieren können, beruht auf unrichtiger Anwendung des § 123, I. 12 A.L.R. Diese Gesetzesvorschrift hat, soweit sie sich auf Stumme bezieht, Personen im Auge, die mit dem Mangel, sich durch die Sprache verständlich machen zu können, als einem dauernden Gebrechen behaftet sind. Von solchen Personen nimmt das Gesetz an, daß ihre Geschäftsfähigkeit im allgemeinen geschmälert sei, und mit Rücksicht hierauf ist für sie die Beobachtung einer strengeren Form bei Errichtung letztwilliger Verfügungen vorgeschrieben. Die Vorschrift ist eine Ausnahmevorschrift und gestattet als solche eine analoge Anwendung auf andere Fälle nicht. Wie unstreitig ist, traf jene Voraussetzung auf den Erblasser der Parteien nicht zu, und deshalb bedurfte es bei der Aufnahme seines letzten Willens der Beobachtung der Formvorschrift des § 123 a. a. O. nicht.

Nr. 2588. IV. Sen. 1. Oktober 1896. IV. 82. 96. Bd. 38, Nr. 65, S. 243.

Form der letztwilligen Verfügungen solcher Personen, die nur ihren Namen schreiben, sonst aber weder schreiben noch lesen können. (Preuß. R.). Der Berufungsrichter hat nach den Grundsätzen des preußischen A.L.R. das Testament mit Rücksicht darauf, daß der Erblasser L. nur habe seinen Namen schreiben, sonst aber deutsche Schrift weder lesen noch schreiben können, für ungültig erachtet. Der hiergegen gerichtete Revisionsangriff ist unbegründet. Der § 113, I. 12 A.L.R. besagt zwar nicht mit ausdrücklichen Worten, was er unter „des Lesens und Schreibens unerfahrenen Personen“ versteht, es folgt jedoch aus der Natur der Sache, daß damit solche Personen gemeint sind, welche der Zeichen der Schrift, in der das Testament niedergeschrieben ist, nicht kundig sind. Denn es ist ein die Zuverlässigkeit der Willensäußerung bedingendes wesentliches Erfordernis, daß der Testierende sich selbst davon zu überzeugen imstande ist, daß sein Wille den richtigen schriftlichen Ausdruck gefunden hat. Dies ergiebt sich mit voller Sicherheit daraus, daß der § 113 die des Lesens und Schreibens unerfahrenen Personen den Blinden gleich stellt, und ferner aus der Bestimmung des nachfolgenden § 114. Diesem entscheidenden Gesichtspunkte gegenüber kann es nicht in Betracht kommen, daß der § 102 ebenda im Anschlusse an § 101 verordnet, daß der Richter den Testator ausdrücklich darüber vernehmen solle, ob „dies notwendige Erfordernis“, nämlich wenigstens die Beifügung der eigenhändigen Unterschrift, beobachtet sei. Aus dieser Anweisung, die instruktioneller Natur ist, kann ein Anhalt für die Auslegung der nachfolgenden speziellen sich als eine Ausnahme von der Regelvorschrift der §§ 100 ff. darstellenden Bestimmung des § 113 nicht entnommen werden. Dazu tritt die Vorschrift des § 72 Anh. zur A.G.O., wonach Parteien, die nur ihren Namen schreiben,

sonst aber weder schreiben noch lesen können, den im § 68 des Anhanges gedachten Personen d. h. solchen, die nicht einmal ihren Namen schreiben können, gleich geachtet werden. Der Auffassung des vormaligen preußischen Obertribunals (Urteil vom 7. Oktober 1867, Entsch. Bd. 59, S. 96, Striethorst Arch. Bd. 68, S. 226 [Bd. 15, S. 59]), daß diese Vorschrift nur auf prozessuale Verhandlungen, nicht aber auf letztwillige Verordnungen anwendbar sei, steht die Entstehungsgeschichte des § 72 des Anhanges entgegen. (Cirkularverordnung vom 30. Dezember 1798, Reskript vom 27. Mai 1799, Rabe Bd. 5, S. 270, 465.) Danach enthält der § 72 des Anhanges trotz seiner Stellung unter den prozessualen Vorschriften materielles Recht. In der Begründung des Plenarbeschlusses des preußischen Obertribunals vom 2. Juli 1855 (Entsch. Bd. 31, S. 1 ff., ist ausdrücklich auf den § 72 des Anhanges verwiesen und ausgeführt, daß nach § 421 Anh. zur A.G.O. § 17, II. 2 diese Vorschrift nicht auf Prozeßhandlungen beschränkt, sondern eine allgemeingültige sei. Wenn aber § 72 auf Verträge Anwendung findet, so liegt um so weniger ein Grund vor, seine Anwendbarkeit bei der Errichtung von letztwilligen Verfügungen, für die das Gesetz im allgemeinen strengere Formvorschriften eingeführt hat als für den Abschluß von Verträgen, auszunehmen. Die vorstehend entwickelte Auffassung wird auch von der Mehrzahl der Schriftsteller geteilt.

Nr. 2589. IV. Sen. 24. September 1888. IV. 120. 88. Bd. 22, Nr. 59, S. 295.

Erfordernisse eines dorfgerichtlichen Testamentes. (Preuß. R.). Die Beweiskraft des über die Vernehmung der Dorfgerichtsmitglieder aufgenommenen gerichtlichen Protokolls erstreckt sich nur darauf, daß die über den Hergang der Testamentserrichtung gemäß § 95, I. 12 A.L.R. gerichtlich vernommenen Mitglieder des Dorfgerichts die als von ihnen abgegeben gerichtlich beurkundeten Erklärungen vor dem Gericht abgegeben haben. Die Frage der objektiven Wahrheit dieser Erklärungen wird durch die Vorschrift des § 380 C.P.O. nicht getroffen. Die im § 93, I. 12 A.L.R. enthaltene Bestimmung muß in Verbindung mit der Vorschrift im § 104 a. a. O. aufgefaßt werden. Die die Obliegenheiten des Richters bei Aufnahme eines gerichtlichen Protokolles enthaltenden §§ 22 ff., II. 2 A.G.O. sind, auf das dorfgerichtliche Testament angewendet, dahin aufzufassen, daß die Vernehmung des Testators in der Art erfolgen muß, daß alle zur Mitwirkung bei der Errichtung des Testamentes berufenen Personen den in ihrer Gegenwart kundgegebenen Willen des Erblassers als solchen zu erkennen in der Lage sind. Eine Verhandlung vor den Dorfgerichten zum Zwecke der Aufnahme eines Testamentes erfordert daher die Anwesenheit jener Personen von dem Beginne der Verhandlung an. (Vergl. § 11 der revidierten Instruktion für die Dorfgerichte vom 11. Mai 1854.) Diese Anwesenheit ist zwar nicht dergestalt Erfordernis der Testamentserrichtung, daß eine jede zeitweilige Entfernung der einen oder der anderen beteiligten Person von dem Orte der Testamentserrichtung die Rechtsgültigkeit des Testaments in Frage stellen könnte. Allein es muß als erforderlich angesehen werden, daß eine jede in die Zeit solcher Unterbrechung der Testamentserrichtungshandlung fallende auf die Testamentserrichtung bezügliche und für die Erkenntnis des Willens des Erblassers wesentliche Äußerung des Erblassers bei Wiederaufnahme der Verhandlung als Wille des Erblassers von dem Letzteren wiederholt werde oder doch anderweit in geeigneter überzeugender Weise zur Kenntnis des Mitgliedes des Dorfgerichts, das sich entfernt hatte, gelange. — Nach § 50, I. 50 A.G.O. muß der von dem Richter bei Aufnahme eines gerichtlichen Protokolles zuzuziehende Protokollführer der Verhandlung von deren Anfang bis zum Ende beiwohnen. Dasselbe hat von den Schöppen, welche bei der Testamentserrichtung an Stelle des Protokollführers zugezogen werden, zu gelten. Ist aber schon in dem Falle, in welchem die beiden Schöppen zusammen die Stelle des Protokollführers einnehmen, die Gültigkeit des Testaments von der Anwesenheit der beiden Schöppen bei der ganzen Testamentserrichtung erforderlich, so muß dies um so mehr in dem vorliegenden Falle angenommen werden, in welchem die Schöppen mit

dem Schulzen die Stelle des Richters bei der Testamentserrichtung eingenommen habe. Das in Frage stehende Testament ist daher für nichtig zu erachten.

Nr. 2590. IV. Sen. 13. Februar 1896. IV. 344. 95. Bd. 36, Nr. 80, S. 329.

Gültigkeit des in einem selbständigen Gutsbezirke aufgenommenen dorfgerichtlichen Testaments. (Preuß. R.). Der Angriff der Revision wendet sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß die alleinige Rechtsnachfolge des klagenden Ehemannes nach seiner verstorbenen Ehefrau nachgewiesen sei. Die Revision sucht auszuführen, daß das dorfgerichtliche Testament der Ehefrau des Klägers ungültig sei, weil das Gut des Klägers einen selbständigen Gutsbezirk bilde und daher die Aufnahme eines dorfgerichtlichen Testaments in dem Gutsbezirke unzulässig sei. Die Rüge stützt sich auf die Bestimmung der §§ 21, 22 der Kreisordnung vom 13. Dezember 1872, aus der die Revision entnimmt, daß in einem selbständigen Gutsbezirke die Organe fehlen, die nach § 79, II. 7 A.L.R. ein solches Dorfgericht bilden, wie es der § 93, I. 12 A.L.R. bei dorfgerichtlichen Testamenten voraussetzt. Allein mit Recht nimmt das Berufungsgericht Bezug auf das mit Gesetzeskraft erlassene Reskript vom 27. Mai 1805 (v. Rönne, Ergänzungen zum A.L.R., Anm. zu § 93, I. 12 A.L.R.), das in Anwendung des § 49 Einl. A.L.R. nach den Grundsätzen der Analogie auf selbständige Gutsbezirke in der Art zur Anwendung zu bringen ist, daß die Zuziehung eines benachbarten Dorfgerichts zur An- und Aufnahme eines Testaments in einem selbständigen Gutsbezirk nicht ausgeschlossen ist.

Nr. 2591. IV. Sen. 12. Dezember 1889. IV. 243. 89. Bd. 25, Nr. 54, S. 263.

Bedeutung des wegen Mangels der Form ungültigen Testaments oder Kodizills als außergerichtliche Verordnung in Bezug auf Vermächtnisse. §§ 66, 139, 161—166, I. 12 A.L.R. (Preuß. R.). Aus der Ungültigkeit des Testamentes wegen Unterlassung der gesetzlichen Förmlichkeiten folgt die Ungültigkeit der darin ausgesetzten Vermächtnisse nur insoweit, als auch für das Kodizill die gleichen Förmlichkeiten bestehen. Dies ist aber nach § 139, I. 12 A.L.R. nur in betreff des gerichtlichen Kodizilles der Fall, nicht auch in betreff der nach § 161 a. a. O. zulässigen außergerichtlichen Kodizille (in Bezug auf Vermächtnisse, die den zwanzigsten Teil des Nachlasses nicht übersteigen). Hieraus folgt, daß auch das formungültige Testament in dem beschränkten Maße des § 161 a. a. O. Geltung behält, soweit dies dem Willen des Erblassers entspricht. Die Ansicht, daß es trotz § 279, I. 12 A.L.R. auch nach preußischem Rechte der Kodizillarklausel, wenngleich dieselbe durch diese Vorschrift ihre praktische Bedeutung verloren habe, noch bedürfe, um die in einem von dem Erblasser eigenhändig ge- und unterschriebenen Privattestamente ausgesetzten Vermächtnisse auch nur in der Beschränkung des § 161 a. a. O. wirksam werden zu lassen, ist demnach nicht zu billigen. — Nach seinem Wortlaute scheint der § 161 a. a. O. die Gültigkeit einer solchen Verfügung des Erblassers davon abhängig zu machen, daß bei der Errichtung der Verordnung entweder wahrscheinlich oder von dem Erblasser versichert sei, daß die darin bestimmten Vermächtnisse den zwanzigsten Teil des Nachlasses nicht übersteigen, und eine solche Versicherung ist in der vorliegenden Verfügung nicht enthalten. Indessen ist dies nicht der Sinn der Vorschrift. Die fraglichen Worte des § 161 a. a. O. sind vielmehr für die Frage der Gültigkeit der außergerichtlichen Verordnung bedeutungslos.

Nr. 2592. II. Sen. 16. Juni 1882. II. 258. 82. Bd. 7, Nr. 83, S. 292.

Richtiges Datum des eigenhändigen Testamentes. Art. 970 code civil. (Rhein. R.). Die Gültigkeit des eigenhändigen Testamentes ist von genauer und richtiger Angabe des Datums der Errichtung (nach Tag, Monat, Jahr) abhängig. Im vorliegenden Falle wird auf Nichtigkeitserklärung des Testaments, das vom 16. Mai 1880 datiert ist, geklagt, weil es schon am 15. Mai 1880 errichtet worden. Ist es aber, wie an-

zunehmen, der Wille des Gesetzes, daß das eigenhändige Testament nur gültig sein soll, wenn es das *wahre* Datum seiner Errichtung angiebt, so kann nicht unterschieden werden, ob bei einer vorhandenen Unrichtigkeit ein größerer oder ein geringerer Zeitraum in Frage steht und ob die Wahrscheinlichkeit eines Irrtums näher oder entfernter liegt. Die Natur der Vorschrift als einer *Formvorschrift* schließt solche Unterscheidungen aus. Den Beweis der vom Anfechtenden behaupteten Thatsache, daß das Testament am 15. Mai 1880 errichtet worden, ist von dem Anfechtenden zu führen. Dabei kommt es wesentlich auf den Zeitpunkt an, wo das Testament vollendet d. h. die *Unterschrift* beigesetzt worden ist. Die Beschränkung bezüglich der Zulässigkeit einzelner Arten von Beweismitteln, wie sie die Prinzipien des französischen Rechts mit sich brachten, ist nach § 14 Nr. 2 des E.G. zur C.P.O. weggefallen, und ebenso kann von der Notwendigkeit einer der C.P.O. unbekannten Fälschungsklage (inscription en faux) nicht die Rede sein. Nr. 2593.

Nr. 2593. II. Sen. 7. Juli 1884. II. 211. 84. Bd. 12, Nr. 79, S. 315.

Eigenhändiges Testament. Beweis des Datums. (Rhein. R.). Bei Beantwortung der Frage, welcher Partei die Beweislast hinsichtlich der Echtheit des Datums eines eigenhändigen Testaments obliege, ist das Berufungsgericht mit Recht davon ausgegangen, daß der klagende Teil den Beweis der Unrichtigkeit zu führen hat. Das eigenhändige Testament ist keine bloße Beweisurkunde, sondern der letzte Wille selbst, für welchen das Gesetz bestimmte Förmlichkeiten vorschreibt (Art. 970 code civil). Die eigenhändige Angabe des Datums im Testamente selbst seitens des Testators muß daher als seine bis zum Beweise des Gegenteils maßgebende Erklärung über die Zeit der Errichtung gelten, und die in betreff der Gewißheit des Datums von bloßen *Beweisurkunden* im Interesse dritter Personen gegebenen Vorschriften (z. B. Art. 1328 code civil abgesehen von § 14 des E.G. zur C.P.O.) finden auf den letzten Willen keine Anwendung. Nr. 2592.

Nr. 2594. II. Sen. 6. Juli 1880. II. 160. 80. Bd. 2, Nr. 95, S. 363.

Wiederherstellung eines widerrufenen letzten Willens. (Rhein. R.). Wenn auch nicht die Bezugnahme auf irgend eine Urkunde oder Aufzeichnung als hinreichend bestimmte letztwillige Anordnung gelten kann, so erlangt doch durch die Verweisung auf eine Urkunde, die selbst alle Merkmale eines Testaments an sich trägt, eine letztwillige Verfügung in zulässiger Weise einen bestimmten oder doch bestimmbaren Inhalt. Das früher widerrufene Testament konnte daher im vorliegenden Falle durch Aufhebung des Widerrufes mittels des späteren letzten Willens nach seinem ganzen Inhalt wiederhergestellt werden. Durch den Widerruf ist das ältere Testament keineswegs ein *nichtiger* Akt geworden, sondern seinem Vollzuge stand nur die Widerrufserklärung entgegen, *wenn diese zur Zeit des Todes des Erblassers noch in Kraft* war; ist sie aber vorher beseitigt worden, so kann dem Anspruche auf Vollzug des Testaments nicht mit dem Einwande begegnet werden, daß ein Widerruf *bestehe*.

Nr. 2595. II. Sen. 12. November 1889. II. 204. 89. Bd. 24, Nr. 74, S. 352.

Stillschweigender Widerruf eines Testamentes. Art. 1036 code civil. (Rhein. R.). Der Widerruf ist an bestimmte Formen gebunden. Wo aber ein stillschweigender Widerruf gestattet ist, wird er an festbestimmte Voraussetzungen geknüpft und nur da als wirksam anerkannt, wo diese Voraussetzungen gegeben sind. Der Gesetzgeber hat mit den in den Art. 1035—1038 code civil gegebenen Vorschriften den fraglichen Gegenstand erschöpfen und nicht außerdem noch einen aus konkludenten Handlungen eines Testators zu schließenden stillschweigenden Widerruf eines Testamentes zulassen wollen. Im vorliegenden Falle handelt es sich um ein notarielles Testament, durch welches der Kläger zum Universalerben eingesetzt ist. Der Art. 1038 a. a. O. bezieht

sich nur auf Vermächtnisse bestimmter einzelner Sachen. Das Gesetz hat auch den stillschweigenden Widerruf eines Universalvermächtnisses oder eines Vermächtnisses unter Universaltitel beschränkt auf einen Fall, wo in einer späteren gültigen testamentarischen Verfügung Anordnungen getroffen sind, welche mit jener ersten Verordnung nicht verträglich sind (Art. 1036 a. a. O.). Wenn das Berufungsgericht festgestellt hat, daß der Erblasser durch den Abschluß eines Alimentationsvertrages (nicht durch eine spätere testamentarische Verfügung) die Absicht zu erkennen gegeben habe, das früher errichtete Testament zu widerrufen, so ist diese Feststellung nach dem Vorstehenden ohne Bedeutung und rechtliche Wirkung.

Nr. 2596. II. Sen. 14. Juni 1892. II. 105. 92. Bd. 29, Nr. 82, S. 328.

Voraussetzungen des Widerrufes eines eigenhändigen Testaments. (Rhein. R.) Dem Urteile des Berufungsgerichts liegt in erster Linie die Anschauung zu Grunde, daß ein eigenhändiges Testament dadurch, daß der Erblasser die ohne sein Wissen und Wollen von einem Anderen bewirkte Zerreißung desselben genehmigt hat, in gültiger Weise widerrufen werde. Es ist allerdings unbestrittenen Rechtens, daß die vom Erblasser selbst vorsätzlich bewirkte Vernichtung oder Unleserlichkeit der Testamentsurkunde als ein wirksamer Widerruf des letzten Willens zu betrachten ist, und in gleicher Weise wird der Fall zu beurteilen sein, wenn die Vernichtung oder Unleserlichmachung der Urkunde durch einen vom Erblasser damit Beauftragten bewirkt worden ist; diesen Fällen steht aber die nachträgliche ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung der ohne Auftrag des Erblassers geschehenen Vernichtung insofern thatsächlich nicht gleich, als hier der Widerrufswille nicht aus der Vernichtung der Urkunde selbst, sondern aus einem späteren Handeln des Erblassers, bestehe das in Worten oder konkludenten Handlungen, erkannt wird. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob gegenüber der Vorschrift des Art. 1035 code civil die vom Berufungsgericht vertretene Ansicht auf Billigung Anspruch machen kann, daß auch solchen nachträglichen Erklärungen in Verbindung mit der Vernichtung der Urkunde die Wirkung eines gültigen Widerrufes beizulegen sei: denn diejenige Handlung des Erblassers, mit der im vorliegenden Falle der Richter die Wirkung des Widerrufes verknüpft, war jedenfalls ihrer rechtlichen Natur nach nicht geeignet, den Willen des Erblassers, daß das von einem Anderen zerrissene Testament einfach als widerrufen gelten solle, zum Ausdruck zu bringen. Diese Handlung bestand nach der Feststellung des Urteiles darin, daß der Erblasser, nachdem er von dem Zerreißen der Testamentsurkunde Kenntnis erlangt hatte, ein neues eigenhändiges Testament errichtete, wodurch er einerseits beabsichtigte, die Ausführung des zerrissenen Testaments insoweit zu sichern, als der Beklagte Vermächtnisnehmer sein sollte, gleichzeitig aber wesentliche Änderungen dieses Testaments anordnete und den Willen kundgab, daß das letztere nicht mehr seinen letzten Willen bilden sollte. Es ist also der I n h a l t des neuen Testaments, woraus der Berufungsrichter den Willen des Erblassers, das frühere Testament zu widerrufen, ableitet. Das neue Testament aber leidet, wie unstreitig ist, an einer Nichtigkeit, weil es von einem anderen Tage als dem seiner Abfassung datiert ist. Hiernach legt in Wirklichkeit der Berufungsrichter einem ungültigen Testamente die Kraft bei, ein früheres zu widerrufen. Das steht mit den sich aus Art. 1035, 1036 code civil ergebenden Rechtsgrundsätzen in Widerspruch; denn, wie der ausdrückliche, so setzt auch der stillschweigende Widerruf, wenn der letztere durch eine letztwillige Verfügung geschehen soll, eine Urkunde voraus, die in einer der vom Gesetze zugelassenen Formen des Testaments errichtet ist. Ist diese Form nicht beobachtet, so verliert die Urkunde, wie die Kraft eines Testamentes überhaupt, so auch die Kraft, das frühere zu widerrufen. Dies wird auch durch die Vorschrift des Art. 1037 a. a. O. nur bestätigt, wonach der in einem, formell gültigen, Testamente ausgesprochene Widerruf einer letztwilligen Verfügung dadurch seine Kraft nicht verliert, daß das Testament wegen Unfähigkeit des eingesetzten Erben oder Vermächtnis-

nehmers, oder weil diese die Annahme verweigern, ohne Vollziehung bleibt. Den in dem zerrissenen Testamente Bedachten steht es hiernach zu, dessen Inhalt mit den gesetzlich zulässigen Beweismitteln darzuthun und ihre sich daraus ergebenden Rechte zu verfolgen.

Nr. 2597. II. Sen. 22. Februar 1881. II. 420. 80. Bd. 3, Nr. 100, S. 359.

„Untergeschobene Person." Art. 911 code civil. Erbverzicht. (Rhein. R.). Die Erblasserin hatte, um das Fortbestehen einer klösterlichen Niederlassung, deren Vorsteherin sie war, auch nach ihrem Tode zu sichern, insbesondere um die nicht zu erwartende staatliche Genehmigung für die bereits wiederholt polizeilich aufgelöste Niederlassung zu ersetzen und so das Gesetz zu umgehen, die für die Niederlassung verwendeten ihr gehörigen Liegenschaften und Fahrnisse durch Testament und Kauf auf M. übertragen. Sie hat auf väterlicher Seite zwei Erben (Kinder eines verstorbenen Bruders ihres Vaters) hinterlassen; diese erklärten, daß sie den Kaufvertrag und das Testament zum Vollzuge genehmigten. Der zunächst berufene Erbe auf mütterlicher Seite erklärte, nicht erben zu wollen, worauf 21 weitere Erben (Kinder von verstorbenen Geschwistern der Mutter) eintraten, von denen drei erklärten, daß sie das Testament vollzogen wissen wollten. Die anderen 18 erhoben gegen M. Klage auf Nichtigerklärung des Kaufvertrages und des Testamentes und Herausgabe des Nachlasses behufs Teilung unter die gesetzlichen Erben. Dem Antrage ist stattgegeben mit der Maßgabe, daß M. an Stelle der verzichtenden Erben der beiden Erben von väterlicher und der drei Erben von mütterlicher Seite, die den Vollzug des Testaments genehmigten, zur Teilung berufen sei. Der L.R.S. 911 ist mit Recht angewendet, da die religiöse Gemeinschaft, die nach den Feststellungen des Vorderrichters als die wirklich bedachte Persönlichkeit zu gelten hat, zur Zeit des Todes der Erblasserin rechtlich nicht existiert hat und die wahre Absicht der Erblasserin darauf gerichtet war, ihren Nachlaß nicht dem anscheinend Bedachten, sondern in verhüllter Weise einer sogen. toten Hand zuzuwenden und so das bestehende Gesetz, das ihr die direkte Zuwendung unmöglich machte, zu umgehen. — Die Miterben der Kläger, welche sich diesen nicht angeschlossen, haben bei den Teilungsverhandlungen solche Erklärungen abgegeben, welche bei richtiger Anwendung des Gesetzes (L.R.S. 780) nur als eine Antretung der Erbschaft und gleichzeitige Verfügung zu Gunsten des Beklagten M., somit nicht als ein Verzicht auf die Erbschaft, sondern nur als ein Verzicht auf die Erbschaftsklage aufgefaßt werden können. Nach der herrschenden und richtigen Auslegung gilt L.R.S. 1340 auch für nichtige Testamente, es kann daher der Beklagte die Anteile der Verzichtenden für sich in Anspruch nehmen. Nr. 625. Nr. 639.

Nr. 2598. II. Sen. 27. Oktober 1882. II. 344. 82. Bd. 8, Nr. 76, S. 297.

Genehmigung eines Testaments. Beweislast. L.R.S. 1340 Badisches L.R. (Rhein. R.). Die Klage, wodurch das Testament gegen die als Universallegatarin eingesetzte Beklagte angefochten wird, ist mit der Behauptung hinreichend begründet, daß die Beklagte eine vorgeschobene Person zu Gunsten der eigentlich bedachten, staatlich nicht anerkannten, klösterlichen Vereinigung sei. Hiergegen erscheint die Geltendmachung des Umstandes, daß der Kläger bei der Verlassenschaftsverhandlung das Testament zum Vollzuge genehmigt hätte, als eine Einrede, für die die Beweislast der Beklagten obliegt. Zur thatsächlichen Begründung dieser Einrede des Verzichts auf die Geltendmachung „der Unförmlichkeit oder sonstigen Mängel" genügt aber nicht die Thatsache des Vollzuges allein, sondern es gehört dazu weiter, daß der Kläger dasjenige, worauf er verzichtet haben soll, gekannt hat.

Nr. 2599. II. Sen. 10. Februar 1885. II. 395. 84. Bd. 13, Nr. 75, S. 306.

Öffentliches Testament. (Rhein. R.). Die Vorschrift des Art. 972 code civil verbietet es nicht, daß sich der Testator eines vorher von ihm oder einem Dritten

niedergeschriebenen Aufsatzes, einer Hilfe, die in manchen Fällen förderlich, vielleicht notwendig sein wird, zum Zwecke seines Diktates bediene. Es begründet daher nicht die Nichtigkeit eines öffentlichen Testamentes, wenn der Testierende bei seinem Diktat einen von dem instrumentierenden Notar bei der vorhergehenden Besprechung angefertigten Entwurf benutzt hat. Ebensowenig begründet es die Nichtigkeit, wenn der Notar das Testament nicht wörtlich getreu so niederschreibt, wie es diktiert wird. Der Notar erfüllt seine Pflicht, wenn er Sinn und Bedeutung des Diktierten, sei es auch nicht genau mit den nämlichen Worten, treu wiedergiebt. — Wenn die Vorschrift des Art. 909 code civil von dem in ihrem ersten Absatze bezüglich der Ärzte ausgesprochenen Erwerbsverbote zunächst in Abs. 2 Nr. 1 remuneratorische dem Vermögen des Erblassers und den geleisteten Diensten entsprechende Partikularverfügungen ausnimmt und demnächst unter den Voraussetzungen der Nr. 2 auch Universaldispositionen zuläßt, so liegt hier, was die Ausnahme betrifft, offenbar eine Steigerung vor, und das Gesetz ist im Zusammenhange dahin auszulegen, daß, da im Falle der Nr. 2 sogar Universalverfügungen zu Gunsten des Arztes gestattet sind, demselben in diesem Falle auch ein Partikularvermächtnis, und zwar ohne die Schranke der Nr. 1, wirksam zugewendet werden kann.

Gemeinschaftliches Testament.

Nr. 2600. III. Sen. 6. Dezember 1889. III. 237. 89. Bd. 25, Nr. 29, S. 138.

Annahme eines durch den Tod des erstverstorbenen Ehegatten bedingten und durch das Ableben des zweiten Ehegatten befristeten Vermächtnisses in einem gemeinschaftlichen Testamente. (Gem. R.). In dem gemeinschaftlichen Testamente der Martin T.schen Eheleute ist bestimmt, daß nach dem Ableben des Letztlebenden die Intestaterben des Mannes die eine Hälfte und die Intestaterben der Frau die andere Hälfte des sämtlichen alsdann vorhandenen Vermögens haben sollen. Dies ist vom Berufungsrichter unangefochten dahin aufgefaßt, daß bezüglich der einen Nachlaßhälfte eine Disposition zu Gunsten der beim Tode des erstverstorbenen Ehegatten vorhandenen Intestaterben habe getroffen und nicht diejenigen Verwandten desselben haben bedacht werden sollen, welche beim Tode beider Ehegatten vorhanden wären. Danach gestaltet sich das durch das Testament geschaffene Rechtsverhältnis beim Tode der erstverstorbenen Ehefrau folgendermaßen. Der überlebende Ehemann wurde Erbe des Vorverstorbenen und damit Inhaber des gesamten ehelichen Vermögens. In Beziehung auf die eine Hälfte desselben, welche den beim Tode des Erstverstorbenen lebenden Verwandten des Letzteren zufallen sollte, erscheint der Überlebende als der Fiduziar, jene Verwandten als die Fideikommissare, denen durch das Testament ein Erbschaftsvermächtnis ausgesetzt worden ist. Nach dem klar ausgesprochenen Willen der Testatoren sollte dies Vermächtnis zur Auszahlung kommen erst nach dem Tode der beiden Eheleute, da auf diesen Zeitpunkt die Verteilung des ganzen Nachlaßvermögens festgesetzt war. Mit der Festsetzung dieses Zeitpunktes ist nun aber, wie der Berufungsrichter mit Recht hervorhebt, noch nicht ohne weiteres darüber entschieden, ob bis dahin das den Verwandten der Ehefrau zugewendete Legat ein suspensiv bedingtes oder ob nur dessen Auszahlung befristet sein sollte, ob auch der Erwerb und nicht bloß die Geltendmachung desselben auf den gedachten Zeitpunkt hinausgeschoben war. Die eine wie die andere Anordnung konnte in Absicht auf das fragliche Vermächtnis getroffen werden. Die Wirksamkeit eines solchen ist zwar stets davon abhängig, daß der Legatar den Erblasser überlebt: die an ein Vermächtnis geknüpfte Zeitbestimmung, bei welcher ungewiß bleibt, ob dies der Fall sein werde, ist daher niemals bloße Befristung des Legats, sondern darf nur als wirkliche Bedingung aufgefaßt werden. In dem vorliegenden Testament ist aber das Überleben des Legatars vorausgesetzt, sofern das daselbst errichtete Vermächtnis den beim Tode vorhandenen bezw. lebenden Intestaterben zugedacht ist. Der Regel nach entscheiden zunächst der Wille und die Absicht der Testatoren darüber, ob im einzelnen Falle ein bedingtes oder nur ein betagtes Legat anzunehmen sei. Der

Berufungsrichter hat Letzteres im Hinblick auf die konkreten Verhältnisse angenommen. In dieser Annahme kann kein Rechtsirrtum gefunden werden. Geht man von derselben aus, so ist das von der Ehefrau D. hinterlassene Vermächtnis mit ihrem Tode von ihrer Intestaterbin Marie M. in unbedingter Weise erworben und folgeweise nach dem Tode der Letzteren auf deren Erben, die Beklagten, übergegangen. Es handelt sich dann nur noch um den gegen den Umfang des Vermächtnisses, nämlich dagegen gerichteten Revisionsangriff, daß als Gegenstand des Vermächtnisses die volle Hälfte des beim Tode des Ehemannes D. vorhandenen Vermögens, ohne Rücksicht auf dessen Ursprung, zu Grunde gelegt ist. Auch dieser Angriff ist verfehlt. Die Vorinstanz nimmt an, daß die Eheleute D., um Streitigkeiten unter ihren Erben vorzubeugen, angeordnet haben, daß von dem beim Tode des Letztlebenden vorhandenen Vermögen die eine Hälfte als Vermögen des Mannes, die andere Hälfte als Vermögen der Frau angesehen werden solle. Es ist dies eine Anordnung, welche in gemeinschaftlichen Testamenten von Ehegatten sehr häufig vorkommt und die ihre natürlichste Erklärung in der Annahme findet, daß die Ehegatten aus dem vom Berufungsrichter hervorgehobenen Grunde bei Abfassung ihres Testaments sich geeinigt d. h. vertragsmäßig sich gegenseitig verpflichtet haben, daß eine Zerlegung der schließlichen Nachlaßmasse in die von jedem Ehegatten herrührenden Anteile zu unterbleiben und die Verteilung der Masse nach zwei gleichen Teilen zu geschehen habe. Dementsprechend setzt auch der Berufungsrichter voraus, daß in der fraglichen Anordnung nicht sowohl eine Disposition von Todes wegen als vielmehr eine vertraglich bindende Bestimmung zu erblicken ist. Haben aber die Eheleute D. in der gedachten Weise sich vertragsmäßig verpflichtet, so sind auch deren Erben an das Übereinkommen gebunden, und es kann deshalb den Klägern, als Erben des Ehemannes, nicht gestattet sein, im Widerspruche mit der von Letzterem eingegangenen, den Verwandten der Ehefrau bezw. deren Erben gegenüber wirksamen Verpflichtung, eine andere Teilung der Nachlaßmasse als zu zwei gleichen Teilen zu verlangen. Nr. 2603.

Nr. 2601. VI. Sen. 29. Oktober 1888. VI. 275. 88. Bd. 22, Nr. 56, S. 276.

Nachträgliche Enterbung des in einem korrespektiven Testamente Nacheingesetzten durch den Überlebenden. Testamentarisches Pfändungsverbot. (Preuß. R.). Schon der Wortlaut des § 492, II. 1 A.L.R. schließt nicht aus, daß korrespektive ebenso wie einseitige letztwillige Verfügungen durch alle späteren Ereignisse betroffen werden, welche nach allgemeinen Bestimmungen den letzten Willen unabhängig von einer neuen Willenserklärung des Testators ganz oder teilweise entkräften, wie dies z. B. nach § 454, II. 2 A.L.R. bei der späteren Geburt von Kindern desselben der Fall ist. Nach ihrem Sinne will aber die gedachte Vorschrift dem überlebenden Testator überhaupt nur den willkürlichen Widerruf seiner Verfügungen untersagen. Von diesem ist die Enterbung aus einem gesetzmäßigen Grunde zu unterscheiden. Daß der § 492 a. a. O. sich nur auf willkürliche Widerrufserklärungen, nicht auf Enterbungen bezieht, ergiebt sein Zusammenhang mit § 564, I. 12 A.L.R. Die Vorschriften über Pflichtteilsrecht und über dessen Ausschluß durch Enterbung werden als Vorschriften zwingender Natur (publici juris) von dem § 492 a. a. O. nicht berührt. Ein bereits erworbenes Recht an dem künftigen Nachlasse eines noch lebenden Testators ist nicht anzuerkennen. Durch die gesetzmäßig angeordnete Enterbung erscheint der prinzipale Antrag des Klägers, welcher die Pfändung und gerichtliche Überweisung des angeblichen Erbteiles seines Schuldners erwirkt hat, gegenstandslos. Mit dem eventuellen Klagantrage beansprucht er die Befriedigung seiner Forderung aus den Nutzungen, welche seinem Schuldner vermacht worden sind, nachdem er auch die Pfändung und gerichtliche Überweisung dieser Nutzungen, soweit sie den notdürftigen Unterhalt desselben übersteigen, erwirkt hat. Nun hat der Testator weiter verfügt, daß auch dann, wenn eine Beschlagnahme der Nutzungen des dem M. (Schuldner des Klägers) ausgesetzten Legates von seiten der Gläubiger des-

selben eintrete, dessen Nutzungen seinen Schwestern zuwachsen sollten. Das Recht des M. auf die bezeichneten Nutzungen war hiernach von der Resolutivbedingung abhängig, daß ihre Beschlagnahme erfolgte, indem dasselbe durch die letztere in seiner Person erlosch und auf seine Schwestern überging (vergl. § 115, I. 4 A.L.R.). Infolge der von dem Kläger vorgenommenen Pfändung selbst ist daher seinem Schuldner das Recht auf jene Nutzungen entzogen, und erscheint danach sein eventueller Antrag ebenfalls gegenstandslos.

Nr. 2602. IV. Sen. 27. Februar 1893. IV. 234. 92. Bd. 31, Nr. 52, S. 235.

Widerruf eines wechselseitigen Testamentes nach dem Tode des einen Ehegatten. Anerkenntnis eines nichtigen Testaments. (Preuß. R.). Die dem Berufungsurteil zu Grunde liegende Rechtsauffassung, daß ein wechselseitiges Testament nach dem Tode des einen Ehegatten von dem überlebenden überhaupt nicht mehr wirksam widerrufen werden könne und der überlebende auf die Wahl zwischen der Antretung der Erbschaft aus dem Testamente und der Ausschlagung der Erbschaft beschränkt sei, hat den Wortlaut der §§ 485, 490, II. 1 A.L.R. nicht für sich. Auch folgt sie nicht aus der Natur der in Rede stehenden Rechtsinstitute. Die Widerruflichkeit eines Testaments ist in § 564, I. 12 A.L.R. allgemein vorgeschrieben. Sie gilt auch von wechselseitigen Testamenten. Eine Ausnahme machen nur wechselseitige korrespektive Testamente (§ 492, II. 1 A.L.R.) in der Art, daß die Antretung der Erbschaft durch den überlebenden Ehegatten für diesen die Gebundenheit an seine eigenen Verfügungen, soweit sie das Gepräge der Korrespektivität an sich tragen, zur Folge hat und damit die rechtliche Möglichkeit des Widerrufs ausschließt. Dem Tode des einen Ehegatten für sich allein ist die Wirkung, das Testament für den anderen unwiderruflich zu machen, nicht beigelegt. Dem Gedanken der gegenseitigen Abhängigkeit der in einem wechselseitigen Testamente getroffenen Bestimmungen der Ehegatten voneinander ist im Gesetze neben der das Wahlrecht des überlebenden Ehegatten zwischen Antretung und Ausschlagung der Erbschaft aus dem Testamente regelnden Bestimmung des § 490 a. a. O. in der Art Ausdruck gegeben, daß durch den Widerruf des einen Ehegatten das Testament, abgesehen von den Vermächtnissen, die anderen Personen als den mit dem Widerrufenden als Verwandten oder besonderen Freunden verbundenen ausgesetzt sind, vernichtet wird. Diese Wirkung tritt mit dem Widerrufe von selbst ein. Sie hängt nicht davon ab, daß der andere Ehegatte von dem Widerrufe Kenntnis erhält und in die Lage kommt, ein anderes Testament zu errichten. Sie tritt auch ein, wenn der andere das Testament bis zu seinem Ableben für gültig hält, weil er von dem Widerrufe nichts erfährt. Es ist also, wenn mit dem Widerrufe des Testaments seine Vernichtung, abgesehen von der Ausnahmebestimmung des § 486, von selbst eintritt, in der Natur des Rechtsverhältnisses kein Grund zu erkennen, aus dem die fragliche Wirkung durch den Tod des einen Ehegatten ausgeschlossen sein soll. Mag es auch sein, daß durch die dem überlebenden Ehegatten gegebene Wahl, die Erbschaft des erstversterbenden anzunehmen oder auszuschlagen, die rechtliche Möglichkeit des Widerrufs in ihrer Bedeutung für den überlebenden zurücktritt, so daß sie sich nicht gerade als ein durchaus unabweisbares praktisches Rechtsbedürfnis herausstellt, so ist sie doch mit den das Rechtsverhältnis normierenden Bestimmungen als deren in der Natur der Sache liegende Konsequenz von selbst gegeben. Die nach dem Gesetze von selbst eintretende Folge des Widerrufs ist die Nichtigkeit des ganzen Testaments mit der Ausnahme des § 486 a. a. O., die hier nicht vorliegt. Diese vorhandene Nichtigkeit kann auch nicht durch ein Anerkenntnis von seiten dessen, dem das Testament in erster Reihe entgegenstehen würde, mit objektiver Wirkung gegen Dritte beseitigt werden.

Nr. 2603. VI. Sen. 1. Februar 1897. VI. 292. 96. Bd. 38, Nr. 57, S. 214.

Rechtsfolgen eines Testaments, worin sich die beiden Testatoren gegenseitig zu Erben eingesetzt und auf den Fall des Todes des Längstlebenden über ihren beider-

itigen **Nachlaß gemeinsam anderweit verfügt haben.** (Gem. R.). Derjenige Betrag, ı dessen Rückzahlung an den Kläger das Berufungsgericht den Beklagten verurteilt ıt, war durch den Letzteren als ein Teil einer von der Ehefrau des Klägers zu entchtenden Erbschaftsabgabe eingezogen worden. Er stellt die Differenz dar zwischen :m Betrage, der sich ergiebt, wenn man als den hier anzuwendenden Steuersatz, wie ; der Beklagte will, für die ganzen der Frau F. und ihrem inzwischen verstorbenen nd von ihr beerbten Bruder angefallenen Nachlaßquoten zehn Prozent annimmt, und :mjenigen geringeren, welcher herauskommt, wenn man, wie es der Kläger verficht, ir die Hälfte des Angefallenen nur einen Steuersatz von acht Prozent zu Grunde legt. s handelt sich dabei um den Nachlaß der Eheleute W. bezw. der von ihnen zuletzt erstorbenen Witwe W. Wenn die Frau F. und ihr inzwischen verstorbener Bruder, ie Nichte und Neffe des Ehemannes W. waren, das ihnen Angefallene zur Hälfte us dem Nachlasse des Letzteren erhalten haben, so waren sie unzweifelhaft nach dem ier maßgebenden hamburgischen Gesetze insoweit nur mit acht Prozent zu besteuern; andelt es sich dagegen nur um den Nachlaß der Witwe W., mit der die Ehefrau es Klägers und ihr Bruder gar nicht verwandt waren, so mußte allerdings für das Ganze der Steuersatz von zehn Prozent zur Geltung kommen. Die Eheleute W. hatten in gemeinsames Testament errichtet, worin sie einander gegenseitig zu alleinigen Erben insetzten mit dem Rechte freier Verfügung auch auf den Todesfall, abgesehen von wei dem überlebenden Teile auferlegten Rentenvermächtnissen, und worin sie für den fall, daß der überlebende Teil von der ihm auf den Todesfall eingeräumten uneschränkten Verfügungsbefugnis nicht Gebrauch gemacht haben sollte, zu Universalerben ür das beim Tode des längstlebenden Ehegatten vorhandene Gesamtvermögen zur hälfte die dann nächsten Intestaterben des Ehemannes, zur Hälfte die dann nächsten Intestaterben der Ehefrau ernannten. Aus diesem Testament hat die Witwe W. ihren erstorbenen Ehemann beerbt und später ihrerseits am 3. Februar 1881 ein neues Testament gemacht, worin sie verschiedene Abänderungen der noch erheblichen Bestimmungen des gemeinsamen Testaments vornahm, im übrigen aber dasselbe ausdrücklich estätigte. Dann errichtete sie am 16. Februar 1892 noch eine letztwillige Verfügung, bermals in der Form eines Testaments nach Maßgabe des hamburgischen Gesetzes om 11. September 1871, und traf darin viele neue Anordnungen, bestätigte aber auch ier zum Schlusse im übrigen den Inhalt ihres vorigen Testaments. Das Berufungsgericht nimmt deshalb an, daß die fraglichen Nachlaßquoten der Ehefrau F. und ihrem verstorbenen Bruder zur Hälfte nicht aus der Erbschaft der Witwe, sondern des Ehemannes W. angefallen seien, weil die Witwe W. in ihrem Testamente und im rsten Nachtrage dazu nicht über das gesamte Vermögen habe neu verfügen wollen, ondern nur soweit sie die Bestimmungen des früheren gemeinsamen Testaments auch materiell abänderte, indem sie im übrigen die früheren Verfügungen ausdrücklich als olche aufrecht erhalten habe. Das Oberlandesgericht sagt dabei nicht ausdrücklich, in welcher Eigenschaft die Ehefrau F. und ihr Bruder die vom Ehemanne W. herrührenden Nachlaßquoten erworben hätten; es versteht sich aber von selbst, daß sie insoweit rechtlich nur als Universalvermächtnisnehmer gedacht werden könnten, da Erbin des Ehemannes in betreff des ganzen Vermögens schon früher seine Witwe geworden war. Die Auffassung nun, die das Berufungsgericht von dem Verhältnisse der beiden Testamente, des gemeinschaftlichen beider Eheleute und des besonderen der Witwe, zu einander hat, wäre vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus überhaupt unmöglich, da nach diesem Rechte die Witwe W. durch Errichtung ihres besonderen Testamentes ihr früheres in dem gemeinsamen enthaltenes Testament als solches mit Rechtsnotwendigkeit aufgehoben haben würde, nach l. 1, 2, 3 § 4; l. 12 § 1; l. 16 Dig. de injusto rupto 28, 3, l. 36 § 4 Dig. de test. mil. 29, 1 und § 2 Inst. qu. mod. test. infirm. 2, 17, möchte auch der Inhalt des früheren Testaments durch Bezugnahme zum Teil wieder in das neue aufgenommen sein. In dieser Beziehung ist jedoch für

das hamburgische Partikularrecht auf Grund der in Hamburg herrschenden, hier nicht zu beanstandenden Ansicht, daß dort gewohnheitsrechtlich der Satz „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“ nicht gelte, ein abweichender Rechtszustand anzunehmen. Denn während in den Hamburger Statuten sich der in jenen römischen Rechtsquellen enthaltene Rechtssatz jedenfalls nicht ausgesprochen findet, sondern dort in Art. 37 Teil 3 Tit. 1 nur die Möglichkeit anerkannt ist, durch Errichtung eines neuen Testaments das frühere aufzuheben, folgt aus der Nichtgeltung des anderen angeführten römischen Satzes für Hamburg, die freilich in neuerer Zeit bestritten worden ist, daß man je nach dem Willen des Testators auch die Geltung mehrerer Testamente derselben Person nebeneinander gelten lassen muß, arg. l. 19 pr. Dig. de test. mil. 29, 1. Die Unhaltbarkeit der angefochtenen Entscheidung folgt jedenfalls daraus, daß die der letzteren zu Grunde liegende Auffassung, als wären in dem gemeinsamen Testamente der Eheleute W. der Frau F. und ihrem verstorbenen Bruder von dem Ehemanne W. Nachlaßquoten auch für den Fall zugewandt, daß seine Ehefrau ihn überleben sollte, rechtsirrig ist. Nach richtiger Auffassung kommt für den vorliegenden Erbfall der letzte Wille des Ehemannes W. überhaupt nicht mehr in Betracht, sondern nur noch der der Witwe W., selbst soweit für das Schicksal des Nachlasses noch die Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments maßgebend sein sollten. Für den so häufig vorkommenden und auch hier gegebenen Fall, daß zwei Testatoren sich in einem gemeinsamen Testamente gegenseitig zu Erben einsetzen und dann auf den Fall des Todes des Längstlebenden gemeinsam weitere Verfügungen treffen, stehen auf dem Boden des gemeinen Rechts bekanntlich hauptsächlich zwei Auffassungen einander gegenüber. Nach der einen Ansicht liegt in einem solchen Falle von seiten beider Testatoren außer der gegenseitigen Erbeinsetzung eine Verbindung von direkter und fideikommissarischer Substitution der dritten Bedachten vor (Nr. 2600), nach der anderen dagegen nur direkte Substitution der Dritten, wobei dann aber die Unabänderlichkeit des Testaments des Überlebenden im Falle der Korrespektivität vorausgesetzt wird (Nr. 2547). Diese Unabänderlichkeit steht nun aber in der Rechtsprechung des Reichsgerichts fest (Nr. 2583. Nr. 2600), und von diesem Standpunkte aus läßt sich Manches dafür sagen, daß die zweite jener beiden Auffassungen als die einfachere und näher liegende stets den Vorzug verdiene. Wie dem aber auch sein möge, keinesfalls ist ein Grund ersichtlich, in einem Falle, wo wie hier dem überlebenden Ehegatten im gemeinsamen Testamente ausdrücklich die Befugnis beigelegt ist, nach seinem Belieben anderweit über den Nachlaß zu verfügen, und wo daher die Verfügung über das Schicksal des letzteren nach dem Tode des Überlebenden im gemeinsamen Testamente nur unter der Bedingung getroffen ist, daß der Überlebende nicht anders verfügt haben sollte, das Testament anders aufzufassen, als daß jeder der beiden Ehegatten zum Erben zunächst den anderen eingesetzt und dann diesem die betreffenden dritten Personen einfach direkt substituiert habe. Dann aber ist für die Erbfolge das Testament des Ehemannes W. schon dadurch völlig erledigt worden, daß bei seinem Tode auf Grund der Einsetzung ersten Grades geerbt worden ist, und kann es sich jedenfalls nur noch um die Erbfolge aus einer von der Ehefrau, späteren Witwe W., vollzogenen Erbeinsetzung handeln. Das Oberlandesgericht hat also darin rechtlich geirrt, daß es stillschweigend davon ausging, soweit das gemeinschaftliche Testament jetzt noch maßgebend sei, liege ein vom Ehemann W. zu Gunsten seiner Verwandten errichtetes Universalvermächtnis vor, daß es also die erstere jener beiden Auffassungen in einem Falle angewendet hat, auf den sie keinesfalls paßte. Materiell steht ja ohnehin außer Zweifel, daß die Ehefrau F. und ihr verstorbener Bruder die ganze Erbschaft dem fortdauernden Willen der Witwe W. verdankten, die ihnen dieselbe nach Belieben hätte entziehen können. Das Berufungsurteil ist daher aufgehoben.

---

§ 98.

Erbvertrag.

B.G.B. §§ 2274—2302.

I. 1754, 1940—1963. II. 2141—2168. III. 2247—2275. M. V. 8, 310—352. D. 298—301. Windscheid III. §§ 529 Noten 2—4, 632. Stobbe V. §§ 310—312. Dernburg III. §§ 174—181.

Nr. 2604. III. Sen. 7. März 1893. III. 305. 92. Bd. 31, Nr. 29, S. 154.

Örtlich maßgebendes Recht betreffs der Gültigkeit von Erbverträgen beim Wechsel des Wohnsitzes. (Gem. R.). Das Oberlandesgericht geht davon aus, daß im Allgemeinen die das Erbrecht betreffenden Rechtsverhältnisse nach dem am letzten Wohnorte des Erblassers geltenden Recht zu beurteilen sind, wie dies auch für die Intestaterbfolge und das Noterbenrecht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt ist. Dagegen ist für die Begründung der Rechtsgültigkeit einer letztwilligen Verfügung, sei es ein Testament oder ein Erbvertrag, das Erfordernis aufgestellt, daß sie im Falle der Veränderung des Wohnsitzes sowohl nach dem Gesetze des Ortes der Errichtung wie nach dem Gesetze des Wohnsitzes zur Zeit des Todes des Erblassers rechtsbeständig sein müsse. Von diesem Standpunkte aus ist angenommen, daß der in Hamburg abgeschlossene und nach dortigem Rechte nichtige Vermächtnisvertrag nicht habe dadurch konvaleszieren können, daß der Erblasser später seinen Wohnsitz nach dem unter der Herrschaft des gemeinen Rechts stehenden Orte B. verlegte und dort verstarb. Dieser Beurteilung steht das Urteil im Falle Nr. 2576 nicht entgegen. Dort handelte es sich nicht um eine nach den Gesetzen des Wohnortes des Erblassers zur Zeit der Errichtung überhaupt unzulässige letztwillige Verfügung, auch nicht um einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zur Willenserklärung, sondern um eine Ungültigkeit, die auf einer gesetzlichen Beschränkung des Erblassers in der Disposition über sein Vermögen beruhte. Ob ein solcher Mangel nach den allgemeinen Grundsätzen über die Kollision von Statuten durch einen Wechsel des Wohnsitzes gehoben wird, ist in jenem Urteil nicht entschieden, da es auf der analogen Anwendung des § 13, I. 12 A.L.R. beruht und daher für die hier zur Anwendung gelangenden Grundsätze des internationalen Privatrechts nicht maßgebend ist. Zur Anwendung gelangt in einem Erbfalle zunächst das am letzten Domizile des Erblassers geltende Recht, und insoweit dieses die Fähigkeit zur Testamentserrichtung oder die Zulässigkeit von letztwilligen Verfügungen oder Erbverträgen ausschließt, ist solchen Dispositionen die Rechtswirksamkeit auch dann zu versagen, wenn sie unter der Herrschaft des abweichenden Rechts eines früheren Wohnsitzes so, wie geschehen, gültig getroffen werden konnten. Nr. 2612. Andererseits ist das Recht des Wohnsitzes zur Zeit der Errichtung solcher Verfügungen in den obigen Richtungen auch dann nicht unerheblich, wenn ihnen, wie sie getroffen sind, nach dem Rechte des Sterbedomizils keine Bedenken entgegenstehen würden, sondern es muß deren Rechtsbeständigkeit von Anfang vorliegen. Die Herrschaft der örtlichen Statuten reicht nicht derart über die Grenzen ihres Geltungsbezirkes hinaus, daß ein nach anderen Gesetzen nichtiges Testament oder ein solcher Erbvertrag lediglich durch spätere Verlegung des Wohnsitzes gültig werden könnte. Die Annahme, daß demgemäß in den gedachten Richtungen bei einem Wechsel des Wohnsitzes sowohl das Recht des letzten Domizils des Erblassers wie das Recht des früheren Wohnsitzes, in welchem er testiert oder einen Erbvertrag geschlossen hat, Berücksichtigung finden muß, welcher auch das Oberlandesgericht gefolgt ist, war daher für zutreffend zu erachten.

Nr. 2605. III. Sen. 5. Januar 1883. III. 37. 82. Bd. 8, Nr. 33, S. 133.

Form der Erbeinsetzungsverträge. (Gem. R.). Gemäß der heutigen Regel der Formlosigkeit der Verträge ist auch die Errichtung der Erbeinsetzungsverträge gemein-

rechtlich durch keine Formvorschriften bedingt. Die römischrechtlichen Vorschriften über die Formalitäten der Testamentserrichtung können auf die Erbeinsetzungsverträge nicht in Anwendung gebracht werden und aus den für das Erfordernis der Schriftform angeführten bloßen Zweckmäßigkeitsrücksichten läßt sich das gesetzliche Bestehen einer Formvorschrift nicht darthun. Nr. 2614.

Nr. 2606. III. Sen. 1. Oktober 1889. III. 197. 89. Bd. 24, Nr. 33, S. 172.

Entziehung des einem Dritten zustehenden Pflichtteilsrechts in einem Erbvertrage. (Gem. R.). Wenn das deutsche Recht die Möglichkeit letztwilliger Zuwendungen mittels Erbvertrages anerkennt, sowohl der Zuwendungen von einem Kontrahenten an den anderen wie auch an Dritte, so folgt daraus noch nicht, daß es alle Dispositionen, welche nach römischem Recht den Inhalt eines Testaments bilden können, auch als Inhalt eines Erbvertrages zuläßt. Es würde das nur zuzugeben sein, wenn man annehmen dürfte, die Entwickelung des Instituts habe bereits dahin geführt, Testament und Erbvertrag als zwei völlig gleichwertige Formen letztwilliger Verfügungen anzusehen. Zu der Annahme eines solchen Parallelismus berechtigt aber die gegenwärtige Gestaltung des Erbvertrages im gemeinen Rechte schon deshalb nicht, weil dasselbe für ihn die solenne Form nicht vorschreibt, die das Testament umgiebt und es vor den gerade dies Geschäft so leicht bedrohenden Gefahren sicherstellt. Es ist daher rücksichtlich jeder einzelnen Verfügung zu prüfen, ob sie ihrem besonderen Zwecke und Wesen nach in den Rahmen paßt, der im deutschen Rechte für letztwillige Verfügungen durch den Erbvertrag gewährt ist. Das läßt sich aber gerade für die Entziehung des Pflichtteils nicht annehmen, weil die Letztere ihrer ganzen Natur nach dem Wesen eines jeden Vertrages widerspricht. Denn wenn mit diesem auch die Begründung von Verpflichtungen eines Kontrahenten zu Gunsten Dritter vereinbar ist, so kann doch die Verabredung, einem Dritten seine Rechte zu entziehen, den Inhalt eines gegen diesen Dritten wirksamen Vertrages nicht bilden. Am wenigsten ist dies aber denkbar rücksichtlich der Entziehung eines Rechts, wie das Pflichtteilsrecht ist. Denn wie letzteres selbst, so beruht auch die Berechtigung, es auszuschließen, ganz wesentlich auf den persönlichen naturgemäß wechselnden Beziehungen des Erblassers zum Pflichtteilsberechtigten. Einen der Natur der Sache nach höchst persönlichen Akt kann das Recht aber nicht verstatten für immer vertragsmäßig von der Willkür eines Dritten abhängig zu machen. Daß dies aber, so weit es nicht besondere gesetzliche Vorschriften verhüten, die Folge der Zulassung einer Pflichtteilsentziehung im Erbvertrage sein würde und die Enterbung nicht etwa einseitig widerruflich bleiben könnte, während die letztwilligen Zuwendungen vertragsmäßig feststånden, wird von den Revisionsbeklagten ohne Grund in Zweifel gezogen. Denn der Erbvertrag hat durch seine Gültigerklärung nicht seinen Charakter als Vertrag verloren. Nr. 2614. Vergl. §§ 379, 431, II. 2 A.L.R. § 2595 des sächsischen B.G.B.

Nr. 2607. III. Sen. 16. September 1887. III. 100. 87. Bd. 19, Nr. 42, S. 232.

Gültigkeit von Strafversprechen in Beziehung auf Erbfolge. (Gem. R.). Hat sich der Käufer T. in dem Vertrage in der Freiheit der Verfügung über seinen Nachlaß kontraktlich binden wollen und zur Bestärkung der übernommenen Verpflichtung eine Konventionalstrafe versprochen, so ist dies Strafversprechen nach römischem Rechte allerdings nicht gültig. Mit Recht hat aber der Berufungsrichter angenommen, daß die Bestimmungen der l. 61 Dig. de verb. obl. 45, 1 und der c. 4 Cod. de inut. stip. 8, 39 für das heutige Recht als beseitigt anzusehen sind. Nicht allein, daß sie aus einer Anschauung hervorgegangen sind, welche dem heutigen Recht fremd ist, so sind sie auch unvereinbar mit dem Erbeinsetzungsvertrage des heutigen Rechts. Ist die Erbfolge erlaubter Gegenstand eines Vertrages geworden, so können auch Strafversprechen

nicht ungültig sein, welche den Erblasser mittelbar zu letztwilligen Verfügungen nötigen sollen. Der Zweck dieser Versprechen muß als ein erlaubter erscheinen, wenn die unmittelbare Willensbindung in Beziehung auf die Erbfolge statthaft ist.

Nr. 2608. IV. Sen. 7. Dezember 1883. IV. 342. 83. Bd. 10, Nr. 70, S. 250.

Form des Widerrufes eines Erbvertrages. (Preuß. R.). Der Widerruf einer letztwilligen Verordnung erfordert nach § 587, I. 12 A.L.R. in der Regel die Beobachtung derselben Förmlichkeiten, welche zur rechtsgültigen Errichtung derselben erforderlich sind. Erbverträge stehen unter denselben Formvorschriften wie Testamente (§ 621 a. a. O.). Die Befugnis zum Widerrufe ist für Erbverträge infolge der vertragsmäßigen Gebundenheit des Willens der Kontrahenten nur unter bestimmten Voraussetzungen vorhanden. Behalten sich beide Teile die Befugnis zum Widerrufe nach Gutdünken vor, so wird das Rechtsgeschäft wie ein Testament beurteilt und kann als solches nur unter Beobachtung der für die Errichtung eines Testamentes geltenden Formvorschriften widerrufen werden. §§ 635, 636, 587 ff. a. a. O. Der Fall, daß im Erbvertrage nur der eine Kontrahent sich die Befugnis zum Widerrufe vorbehält (§§ 639, 640 a. a. O.) ist nicht anders zu behandeln. Es liegt kein innerer Grund vor, den Widerruf in dem letzteren Falle in Ansehung der Form anders zu beurteilen als im ersteren Falle. Es liegt auch kein Grund vor, um in dem hier vorliegenden Falle, wo die Befugnis des einen Kontrahenten zum Rücktritte eine beschränkte, nämlich eine von der Nichtgewährung einer Leistung seitens des anderen Kontrahenten abhängige, durch dieselbe bedingte ist, das Erfordernis der Solennität, welches für den Widerruf letztwilliger Verordnungen gegeben ist, nicht gelten zu lassen.

Nr. 2609. III. Sen. 9. Oktober 1888. III. 151. 87. Bd. 21, Nr. 34, S. 188.

Gültigkeit eines Vermächtnisvertrages. Bestimmung der Erbteile durch einen Dritten. Vertrag zu Gunsten Dritter. (Gem. R.). Der zwischen dem Kläger und seiner demnächst gestorbenen Ehefrau vor dem Notar geschlossene Vertrag, worin sie bestimmen, daß, da ihre Ehe mit Kindern gesegnet sei, der Überlebende von ihnen den lebenslänglichen unbeschränkten Nießbrauch an dem Nachlasse des zuerst Versterbenden ohne jede Kautionsleistung erben und erhalten, auch befugt sein solle, über den Nachlaß des zuerst Verstorbenen beliebige Verfügungen und Veräußerungen vorzunehmen in dem Umfange, wie der zuerst Verstorbene dazu imstande gewesen wäre, ist als ein Vermächtnisvertrag anzusehen. Vermächtnisverträge aber haben rechtsverbindliche Kraft. Auch die weitere in dem Vertrage enthaltene Bestimmung, es solle der Überlebende befugt sein, die Erbteile der Kinder an dem Nachlasse des zuerst Verstorbenen zu bestimmen und festzusetzen, ist gültig. Da durch den Vermächtnisvertrag dem Überlebenden nicht die Befugnis beigelegt ist, willkürlich über den Nachlaß des zuerst Verstorbenen zu verfügen, sondern nur das Recht gegeben ist, unter bestimmten Erben, nämlich den Kindern der Kontrahenten, an deren Intestaterbrecht nichts geändert ist, unter Berücksichtigung des Pflichtteilsrechts den Nachlaß des zuerst Verstorbenen zu teilen, so kann die streitige Frage, ob und in welchem Umfange es statthaft sei, die Einsetzung eines Erben und die Bestimmung der Anteile der eingesetzten Erben einem Dritten zu überlassen, dahingestellt bleiben, indem jedenfalls eine Verfügung wie die vorliegende für zulässig erachtet werden muß. — In einem nach dem Tode der Ehefrau zwischen dem Kläger und einem Sohne, dem Beklagten, geschlossenen Vertrage hat der Beklagte gewisse Grundstücke gegen einen bestimmten Preis übernommen und sich u. A. verpflichtet, als eigene Schuld ein von seiner Schwester aufgenommenes Darlehn zu zahlen. Auch die Annahme, daß dem Vater ein Klagrecht auf Befreiung der Schwester des Beklagten von ihrer Verbindlichkeit gegenüber dem Darlehnsgeber zustehe, ist begründet. Der Promissar erwirkt gegenüber dem Promittenten aus dem Vertrage, welcher das Versprechen der Leistung an einen Dritten enthält (aus einem Vertrage zu Gunsten eines

Dritten), ein klagbares Recht auf Leistung an den Dritten. Es bedarf auch zur Begründung dieses Klagrechts nicht des Nachweises eines besonderen rechtlichen Interesses des Promissars an Erfüllung des Vertrages. Es genügt im vorliegenden Falle, daß der Kläger vertragsmäßig, als Teil der Gegenleistung für die Übertragung der Grundstücke, die Übernahme der Schuld seiner Tochter durch den Beklagten und deren Tilgung sich hat versprechen lassen.

Nr. 2610. IV. Sen. 7. Juli 1890. IV. 82. 90. Bd. 26, Nr. 59, S. 308.

Erbvertrag unter Eheleuten. Aufhebung durch gegenseitige Einwilligung. §§ 442, 198 ff., II. 1 A.L.R. (Preuß. R.). Der Berufungsrichter, nach dessen Feststellung die Klägerin durch das mit ihrem Ehemanne errichtete wechselseitige Testament im Verhältnisse zu den ihr vorher im Erbvertrage mit ihrem Ehemanne eingeräumten Rechten ungünstiger gestellt ist, stützt sich auf die Vorschrift in § 442, II. 1 A.L.R., die er unter Hinweis auf die §§ 198 ff., II. 1 A.L.R. dahin auslegt, daß unter der „gerichtlichen Erklärung“ eine zu gerichtlichem Protokoll unter Zuziehung eines Beistandes für die Frau abgegebene Erklärung zu verstehen sei, so daß die Aufhebung des Erbvertrages durch die verschlossen übergebene letztwillige Verfügung nicht habe herbeigeführt werden können. Der Hinweis auf die §§ 198 ff. a. a. O. geht jedoch fehl. Die Voraussetzung der letzteren trifft für den Fall des § 442, in welchem die Frau, ohne eine Verpflichtung zu übernehmen, nur die Rechte aufgiebt, welche ihr der Mann durch den Vertrag für seinen Todesfall eingeräumt hat, nicht zu. Unter der „gerichtlichen Erklärung“ im Sinne des § 442 kann nur eine vom Gesetze allgemein als solche anerkannte im Gegensatze zur außergerichtlichen und formlosen Erklärung verstanden werden. Sofern der Widerruf des Erbvertrages im Wege einer letztwilligen Verfügung stattgefunden hat, ist daher dem Erfordernisse des § 442 in Ansehung der Form auch dann Genüge geschehen, wenn die betreffende Verfügung bei Gericht verschlossen niedergelegt ist (vergl. §§ 66 ff. in Verbindung mit §§ 161 ff., I. 12 A.L.R.). Nr. 2635. Nr. 2237.

Nr. 2611. IV. Sen. 4. Mai 1891. IV. 75. 91. Bd. 28, Nr. 49, S. 217.

Die in einem wegen Formmangels nichtigen Erbvertrage enthaltenen Verfügungen des einen Vertragschließenden über seinen Nachlaß können dadurch wirksam werden, daß dieser Vertragschließende die von ihm unterschriebene Erbvertragsurkunde als sein Testament dem Gericht übergiebt. (Preuß. R.). Die von mehreren Seiten geltend gemachte Auffassung, wonach im Erbvertrage begriffsmäßig mehrere selbständige Rechtsgeschäfte enthalten sein sollen, nämlich die Erbeseinsetzung als einseitige Verfügung mit der rechtlichen Natur des Testaments und der gegenseitige Widerrufsverzicht mit der rechtlichen Natur des zweiseitigen Vertrages würde, wenn sie richtig wäre, im vorliegenden Falle dahin führen, daß die in der Erbvertragsurkunde enthaltenen Verfügungen des Ehemannes M. über seinen Nachlaß, weil für sie die formellen Voraussetzungen des Testaments beobachtet sind, als Testament aufrecht zu erhalten wären, während der übrige Inhalt der Urkunde, also die Verfügungen der Ehefrau M. über ihren dereinstigen Nachlaß und der Widerrufsverzicht, mangels der Beobachtung der gesetzlichen Formvorschriften unwirksam sein würden. Der in Frage stehenden Auffassung läßt sich indessen nicht dahin beitreten, daß damit ein für die Beurteilung der Erbverträge allgemein gültiger Gesichtspunkt genommen wäre, von dem aus die einzelnen Rechtsfolgen sich von selbst ergeben könnten. Für das preußische Recht scheinen zwar die §§ 9, 10, I. 12 A.L.R. darauf hinzudeuten, daß dem Widerrufsverzichte eine selbständige Bedeutung neben dem Inhalte der letztwilligen Verfügung als solcher zukommen soll. Allein auf der anderen Seite wird die Möglichkeit der Aufstellung eines jener Auffassung entsprechenden allgemeinen Rechtsatzes durch die §§ 618, 619, I. A.L.R. wenigstens insoweit ausgeschlossen, als die in einer äußerlich

als Erbvertrag sich darstellenden Urkunde enthaltene Verfügung, die als Vertragsbestimmung keinen rechtlichen Bestand haben kann, weil dem Erklärenden die zum Vertragsschlusse erforderlichen Eigenschaften fehlen, auch als Testament unwirksam ist ohne Rücksicht darauf, ob dem Erklärenden die zur gültigen Testamentserrichtung gehörigen persönlichen Eigenschaften zur Zeit der Vertragsniederschrift beiwohnen. Hiernach wird die Rechtseinrichtung des Erbvertrages in der Art, wie sie im preußischen Rechte aufgebaut ist, soweit die persönliche Geschäftsfähigkeit des Erklärenden in Frage steht, von dem Gedanken beherrscht, daß der Erbvertrag als ein einheitliches Rechtsgeschäft aufzufassen ist. Aber damit sind, soweit es sich um die Beobachtung der für Testamente und für Erbverträge vorgeschriebenen Formen handelt, dem Willen nicht in der Art Schranken gesetzt, daß der Erklärende verhindert wäre, seine in einem Erbvertrage enthaltene Erklärung als Testament durch Beobachtung der vorgeschriebenen Testamentsform wirksam zu machen. Stellt sich diese Erklärung, wenn sie für sich, nämlich getrennt von der Erklärung des anderen Vertragschließenden und losgelöst von ihrer Beziehung auf diese Erklärung, betrachtet wird, als zulässiger Inhalt eines Testamentes dar, so muß damit die rechtliche Möglichkeit gegeben sein, daß der Erklärende die Erklärung durch Beobachtung der für die Errichtung von Testamenten vorgeschriebenen Form zu seinem Testamente macht ohne Rücksicht darauf, daß, wenn seine Erklärung zu einem Testamente wird, der übrige Inhalt der Urkunde seine rechtliche Bedeutung verliert. Diese Möglichkeit muß also im vorliegenden Falle auch seitens des Erblassers angenommen werden. Hier ist aber nicht bloß die Möglichkeit für einen, wie angegeben, gestalteten Willen des Erblassers gegeben. Der Streitstoff enthält auch Thatsachen, die für die Annahme, daß der Erblasser jenen Willen wirklich gehabt habe, ausreichend schlüssig sind. Der Erblasser hat die Urkunde auf dem sie verhüllenden Umschlage als sein Testament bezeichnet und das so beschriebene in dem Umschlage eingeschlossene Schriftstück dem Gericht als sein Testament übergeben. Diese Vorgänge lassen in schlüssiger Weise den Willen des Erblassers erkennen, den Inhalt der Urkunde, soweit Verfügungen über seinen Nachlaß in Frage stehen, zu seinem Testamente zu machen.

---

§ 99.

Pflichtteil.

B.G.B. §§ 2303—2338.

I. 1975—2018, 2034, 2040. II. 2169—2203. III. 2276—2311. M. V. 382—469, 504, 510—512. D. 301—307. Windscheid III. 575—593. Stobbe V. § 305. Dernburg III. §§ 195—212.

Nr. 2612. I. Sen. 29. Januar 1883. I. 472 und 479. 82. Bd. 8, Nr. 37, S. 145.

Kollision der Gesetze. Noterbrecht. Verzicht auf den Pflichtteil. (Gem. R.). Das Noterbrecht als ein der freien Verfügung des Erblassers entrücktes gesetzliches Erbrecht ist, wie das gesetzliche Erbrecht überhaupt, nicht nach dem für die Erbberechtigten maßgebenden, mithin je nach der Person derselben verschiedenen Rechte, sondern stets nach dem für den Erblasser maßgebenden Rechte zu beurteilen, und zwar nach dem sogen. Personalstatut, das für seine Handlungsfähigkeit und seine Befugnis zu Verfügungen über sein Vermögen überhaupt maßgebend ist. Dies Recht ist aber im Gebiete des gemeinen deutschen Rechts nicht das Recht des Staates, dem die Person durch das Staatsbürgerrecht rechtlich angehört, sondern das Recht des Staates, dem die Person thatsächlich dadurch angehört, daß sie ihren Wohnsitz im Gebiete desselben

hat. Den Willen, an einem Orte seinen Wohnsitz zu nehmen, durch dessen Bethätigung der Wohnsitz begründet wird, kann auch derjenige haben, der daselbst zu wohnen nicht berechtigt ist; die bloße Möglichkeit, daß er künftig einmal gehindert werden wird, dort wohnen zu bleiben, schließt das Vorhandensein des Wohnsitzes nicht aus. Auch bezüglich der Frage, ob ein bei Lebzeiten des Erblassers von einem Erbberechtigten erklärter Erbverzicht zulässig und wirksam sei, ist dasjenige Recht, welches für die Vererbung überhaupt maßgebend ist, also das am Wohnorte des Erblassers geltende Recht entscheidend. Denn die Wirkung des Erbverzichts besteht darin, daß er, gleich einer Enterbung, den Anfall der Erbschaft an den Verzichtenden, soweit er verzichtet hat, verhindert, sie berührt daher die Erbschaft, nicht aber an sich das Vermögen des Verzichtleistenden. Nr. 23. Nr. 2809. Nr. 2604.

Nr. 2613. III. Sen. 25. Februar 1881. III. 373. 79. Bd. 4, Nr. 33, S. 116.

Pflichtteilsergänzung beim Vorhandensein eines Universalerben und von heredes ex re certa. Verletzung des Pflichtteils durch eine wegen einer vorausgegangenen Schenkung pflichtwidrige Testamentsbestimmung. (Gem. R.). Wenn von mehreren Erben einer zum Universalerben ernannt, die übrigen nur auf res certas eingesetzt sind, so ist Ersterer der einzige wirkliche Erbe, die Letzteren sind als Vermächtnisnehmer anzusehen c. 13 Cod. de her. inst. 6, 24. Mit der Pflichtteilsergänzungsklage, actio suppletoria, kann aber nur der wirkliche Erbe belangt werden, nov. 115 cap. 5; gegen die Vermächtnisnehmer findet sie nicht statt und folglich auch nicht gegen den neben einem Universalerben eingesetzten heres ex re certa. — Beim Vorhandensein von Pflichtteilsberechtigten nimmt ein Erblasser durch die Vornahme einer erlaubten Schenkung die Verpflichtung auf sich, den Pflichtteilsberechtigten von seinem übrigen Vermögen soviel zu hinterlassen, als ihnen nach Maßgabe ihrer Pflichtteilsrechte für den Fall, daß er den verschenkten Gegenstand nicht weggegeben hätte, zugekommen sein würde. Daß die Inoffiziositätsquerel auch für den Fall begründet ist, wenn die Verletzung des Pflichtteils nur in der Gesamtwirkung mehrerer nacheinander vorgenommener Schenkungen beruht, und daß in diesem Falle behufs der Berechnung des Pflichtteils der Betrag sämtlicher Schenkungen dem Nachlaßbestande hinzuzurechnen ist, wird allgemein anerkannt; ganz ebenso muß auch die actio suppletoria für begründet angesehen werden, wenn der Testator nach Vornahme einer erlaubten Schenkung seinen Pflichtteilsberechtigten nicht soviel hinterläßt, als sie auf Grund der Einrechnung der Schenkung in den Nachlaß zu beanspruchen haben. — Die für Schenkungen geltenden positiven Rechtsvorschriften leiden auch auf remuneratorische Schenkungen Anwendung, weil das Motiv der Belohnung geleisteter Dienste der Schenkung nicht einen wesentlich anderen Charakter geben kann. — Wenn zur Vergeltung geleisteter Dienste, für die ein Rechtsanspruch auf Vergütung nicht besteht, eine solche auch nicht verlangt wird, nach dem ausdrücklich erklärten Willen der Beteiligten eine Schenkung vollzogen wird, so darf nicht gefragt werden, ob etwa der Schenker von der Ansicht ausgegangen sei, dem Beschenkten stehe eine Forderung zu, die durch die geschenkte Summe getilgt werde. Vielmehr ist eine rechtliche Verpflichtung zu entsprechender Zahlung für geleistete Dienste immer zurückzuführen auf eine, sei es ausdrückliche oder stillschweigende, Vereinbarung. In solchem Falle ist es dann aber nur die Vereinbarung, die die Verpflichtung zur Zahlung für geleistete Dienste existent werden läßt. Vorher besteht eine solche nicht, und wenn, wie die vorliegende Urkunde besagt, der Sohn keine weitere Vergütung verlangt hat, die Mutter sich aber im Hinblick auf die ihr seit vielen Jahren gewährte hilfreiche Unterstützung in der Wirtschaft für verpflichtet erachtet, den Sohn durch die Schenkung einer namhaften Summe zu entschädigen, der Sohn auch diese Schenkung acceptiert, so liegt hier nur einer der gewöhnlichsten Fälle der remuneratorischen Schenkung vor.

Nr. 2614. III. Sen. 20. April 1884. III. 20. 84. Bd. 11, Nr. 44, S. 215.

Anfechtung des Erbeinsetzungsvertrages wegen Verletzung des Noterbrechts. (Gem. R.). Während eine Erbeinsetzung nach römischem Recht nur durch Errichtung eines Testamentes vorgenommen werden konnte, ist daneben erst in dem neueren Rechte, im Anschluß an Einrichtungen des älteren deutschen Rechts und in weiterer Ausbildung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit, die Statthaftigkeit eines Erbeinsetzungsvertrages zur Anerkennung gelangt. Durch diese Zulässigkeit einer neuen Form der Anordnung einer Universalsuccession ist an den materiellrechtlichen Grundsätzen des Erbrechtes, insbesondere an den Pflichtteilsrechten, welche auch gegen eine dieselben verletzende Vergabung unter Lebenden durch die querela inofficiosae donationis geschützt sind, nichts geändert worden. Anders verhält es sich aber mit den formellen Vorschriften des römischen Erbrechtes, zu welchen auch die Grundsätze desselben über den Anspruch eines Noterben auf Erbeinsetzung und über die Folgen der Präterition eines Noterben gehören. Die Erfordernisse des formellen Noterbrechts sind auf den Erbeinsetzungsvertrag nicht anwendbar. Ebenso sind auch die noch viel wichtigeren Vorschriften des römischen Rechtes über die Testamentsform auf den Erbeinsetzungsvertrag nicht anwendbar, der vielmehr formlos errichtet werden kann, Nr. 2605, und ist derselbe gleichfalls einer analogen Anwendung des Grundsatzes „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“ nicht unterworfen. Die Unanwendbarkeit des formellen Noterbrechts auf den Erbeinsetzungsvertrag entspricht auch der Vertragsnatur derselben. Die Klage, soweit sie prinzipale Zuerkennung des Intestaterbteils wegen Ungültigkeit des Erbvertrages (Verletzung des Noterbrechts) verlangte, ist daher abgewiesen und dem Kläger nur die eventuell verlangte Ergänzung des Pflichtteils zugesprochen. Nr. 2606.

Nr. 2615. I. Sen. 20. Februar 1884. I. 506. 83. Bd. 14, Nr. 51, S. 200.

Ansprüche des Pflichtteilsberechtigten gegenüber dem Testamentsvollstrecker. Rechnungslegung. Thatsächliche Unmöglichkeit derselben. (Gem. R.). Der Beklagte (Testamentsvollstrecker) ist von dem Pflichtteilsberechtigten, welcher vermöge der Socinischen Kautel anstatt der ihm ausgesetzten Vermächtnisse den Pflichtteil forderte, auf Rechnungslegung in Anspruch genommen. Der Nachlaß des Erblassers C. bestand zum größeren Teile aus dem Anspruche desselben an den Nachlaß des vor ihm verstorbenen W., und es war noch Streit darüber, ob dem Erblasser C. dieser Nachlaß des W. ganz oder nur zur Hälfte zustand. Der Nachlaß des W. befand sich in der Verwaltung des Erbschaftsamtes. In der Berufungsinstanz ist der Beklagte für verpflichtet erklärt, dem Kläger über den Nachlaß des C. Abrechnung zu erteilen. Auf Revision des Beklagten ist das Urteil aufgehoben. Wenn auch jeder Verwalter fremden Vermögens den Interessenten nach Verlauf einer angemessenen Zeit Rechnungsablage nach Maßgabe des augenblicklichen Standes seiner Verwaltung schuldet, so kann sich diese Verpflichtung doch nur auf dasjenige erstrecken, was er wirklich in seine Verwaltung bekommen hat; schon in Beziehung auf solche Vermögensteile, die er etwa schuldvollerweise in seine Verwaltung einzubeziehen unterlassen hätte, könnte es sich nur um eine Schadensersatzpflicht handeln. Im vorliegenden Falle kann, da sich der Nachlaß des W. in der Verwaltung des Erbschaftsamts befindet, von einer eigentlichen Rechnungslegung des Beklagten überhaupt noch nicht die Rede sein, sondern höchstens von einer Mitteilung derjenigen Auskunft, die der Beklagte vom Erbschaftsamte über den Stand seiner Verwaltung zu erlangen vermocht hat. Aber abgesehen hiervon verwaltet der Testamentsvollstrecker als solcher den Nachlaß niemals mit für einen Pflichtteilsberechtigten als solchen. Der Kläger hat einfach von dem Beklagten als Verwalter des C.schen Nachlasses eine Geldsumme zu fordern, welche gleich ist einer bestimmten Quote desselben, und zwar nach dem Bestande im Augenblicke des Todes des C. (c. 6 Cod. de inoff. test. 3, 28), wovon nur die Beerdigungskosten noch abzuziehen sind (l. 8 § 9 de inoff.

test. 5, 2). Der Kläger wäre von vornherein berechtigt gewesen, die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung zu erwirken, falls er eine bestimmte Summe als jenen Wert des Nachlasses hätte behaupten und eventuell beweisen können. Andererseits ist aber nicht abzusehen, aus welchem Grunde der Beklagte ihm zur Erteilung einer Abrechnung verpflichtet sein sollte, außer etwa über die erwähnten Beerdigungskosten, falls der Beklagte deren Absetzung verlangt. Gleichwohl läßt sich eine Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger auch eine gewisse Beihilfe zur Formierung seines Anspruches zu leisten, nicht von der Hand weisen. Nach gemeinem Gewohnheitsrecht kann derjenige, welcher mit der hereditatis petitio oder der actio familiae erciscundae klagt, vom Beklagten die Vorlegung eines eidlich zu bestärkenden Verzeichnisses des von demselben aus dem betreffenden Nachlasse Besessenen verlangen, welche Verbindlichkeit jedoch, obwohl nicht nur mit der Rechnungspflicht verwandt, sondern oftmals auch mit ihr verbunden, von ihr durchaus zu unterscheiden ist. Dieselben Billigkeitsrücksichten, welche dahin geführt haben, demjenigen nicht besitzenden Erben, welcher auf die Herausgabe oder die Teilung der Erbschaft als eines Ganzen klagt, ohne über die Bestandteile desselben so gut unterrichtet sein zu können wie der belangte Besitzer, einen Anspruch auf solche Erleichterung in der Geltendmachung seines Rechts zuzuerkennen, nötigen vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus auch dazu, dem durch ein Testament auf eine persönliche Pflichtteilsklage beschränkten Pflichtteilsberechtigten, vor dem der die Erbschaft als Ganzes verwaltende Testamentserbe oder Testamentsvollstrecker ebenfalls die Kenntnis aller für die Berechnung des Pflichtteils erheblichen Materialien voraus hat, dem Letzteren gegenüber eine analoge Berechtigung auf Auskunftserteilung zu gewähren. Der beklagte Testamentsvollstrecker erscheint daher als verpflichtet, dem Kläger einen Status des C.schen Nachlasses, eine Übersicht aller Aktiva und Passiva desselben nebst Wertanschlägen nach seinem besten Wissen und Vermögen wenigstens jetzt, nachdem mehrere Jahre seit Eröffnung der Succession verstrichen sind, mitzuteilen. Wenn nun auch die Mitteilung eines solchen Vermögensstatus nicht schlechtweg wie ein in der Rechnungslegung mit begriffenes von derselben nur quantitativ verschiedenes Minus behandelt werden durfte, so war doch die Sachlage dazu angethan, dem Kläger nach Anleitung des § 130 Abs. 1 C.P.O. Gelegenheit zu einer Äußerung darüber zu geben, ob er nicht eventuell eine Verurteilung des Beklagten wenigstens zur Vorlegung eines Status von der beregten Art verlange. Nr. 2619.

Nr. 2616. III. Sen. 27. November 1891. III. 172. 91. Bd. 28, Nr. 37, S. 162.

Verpflichtung des Enkels, bei Beerbung des Großvaters sich Vorempfänge seines verstorbenen Parens einrechnen zu lassen. (Gem. R.). Der Vorempfang, um den es sich im vorliegenden Falle handelt, betrifft eine Aussteuer und Mitgift der Mutter des klagenden Enkels und Noterben. Wenn diese Mutter mit ihrer Schwester, der jetzigen Beklagten, in der Beerbung des gemeinschaftlichen Vaters konkurrierte, so hätte sie zweifellos den gedachten Empfang in die Nachlaßmasse einzuwerfen. Ob und wieweit auch der klagende Enkel, falls er nicht als Pflichtteilsberechtigter, sondern als einfacher Miterbe aufträte, zu derselben Kollation verpflichtet wäre, braucht nicht erörtert zu werden, da die Kollationspflicht des Klägers ebensowenig wie die seiner verstorbenen Mutter für die Beantwortung der vorliegenden Frage, ob der Enkel bei Beerbung seines Großvaters den Vorempfang seines verstorbenen Parens in den gesetzlichen Pflichtteil, den er aus dem Nachlasse des Großvaters zu beanspruchen hat, einrechnen lassen muß, maßgebend ist. Denn die Pflicht, einen Gegenstand als Konferendum in die Nachlaßmasse einzuwerfen, ist etwas Anderes als die Verpflichtung, diesen Gegenstand auf die Pflichtteilsportion sich anrechnen zu lassen. Dies ist in c. 20 Cod. de coll. 6, 20 zum Ausdruck gebracht. Da weiterhin in dieser Gesetzesstelle ausgesprochen ist, daß bloß die Einrechnungen in den Pflichtteil geboten sind, hinsichtlich deren eine besondere gesetzliche Anordnung in dieser Beziehung getroffen ist, so hängt die Ent-

scheidung der erwähnten präjudiziellen Frage lediglich davon ab, ob anzunehmen ist, daß auch die Einrechnung dessen speziell vorgeschrieben ist, was der vorverstorbene Parens des erbenden in seinem Pflichtteile verletzten Enkels an kollationspflichtigen Gegenständen von dessen Großvater empfangen hat. Eine solche ausdrückliche Bestimmung enthalten die Rechtsquellen nicht. Es ist nirgends angeordnet, daß dem Enkel als Pflichtteilsberechtigten das angerechnet werden soll, was sein vorverstorbener Parens als Konferendum von dem Großvater empfangen hat. Auch andere Gründe sind für die Bejahung jener Frage nicht vorhanden. Das Reichsgericht nimmt an: der Enkel erbt nicht als der Repräsentant seines verstorbenen Parens, sondern als Descendent seines Großvaters, also proprio jure, nicht jure hereditario; hat er aber demzufolge ein eigenes Erb- und ebenso ein eigenes Pflichtteilsrecht, so muß auf das letztere auch die Bestimmung zur Anwendung gebracht werden, die in c. 20 a. a. O. für die Berechnung der Pflichtteilsportion überhaupt gegeben ist, d. h. es hat bei dieser Berechnung außer Betracht zu bleiben, was nicht der Enkel selbst, sondern ein Anderer, sein vorverstorbener Parens, vom Erblasser empfangen hat. Der eventuelle Revisionsangriff der Beklagten erscheint gleichfalls nicht begründet. Er beruht darauf, daß, wenn auch der Kläger nicht verpflichtet sei, die Vorempfänge seiner Mutter auf seine Pflichtteilsportion einzurechnen, diese doch als Konferendum der Nachlaßmasse des Großvaters zuzurechnen und von der hiernach zu bemessenden Intestatportion der Mutter wieder abzurechnen seien, wonach sich erst der Pflichtteil des Klägers zu einem Sechsteil dieser Portion ergäbe. Hiergegen kommt in Betracht, daß Kollation und Einrechnung in den Pflichtteil nach Maßgabe der c. 20 a. a. O. keine Verpflichtungen von gleichem Umfange sind, daß der Kreis der Konferenden an sich ein anderer ist als der Kreis der Gegenstände, die in den Pflichtteil des Noterben eingerechnet werden müssen. Daraus folgt, daß, wenn nach obiger Ausführung der in seinem Noterbenrechte verletzte Enkel sich auf seine portio legitima nicht einrechnen zu lassen hat, was der vorverstorbene Parens als Dos empfangen hat, dieser Empfang ganz außer Betracht bleiben muß, sowohl in der Richtung, daß er nicht unmittelbar von dem Betrage des Pflichtteils in Abzug gebracht werden, als auch in der von der Revision verfochtenen Richtung, daß er nicht mittelbar zur Verkürzung der Pflichtteilsportion des Klägers benutzt werden darf. Der Weg, den die Revision andeutet, ist der gewöhnliche für die Ausgleichung kollationspflichtiger Miterben gesetzlich geordnete, aber dieser Weg ist im konkreten Falle um deswillen ein verfehlter, weil es sich hier um die Feststellung einer Pflichtteilsportion handelt, wobei die dem vorverstorbenen Parens gegebene Dos nach Vorschrift der c. 20 a. a. O. ganz außer Betracht zu bleiben hat.

Nr. 2617. III. Sen. 7. Dezember 1883. III. 209. 83. Bd. 11, Nr. 48, S. 230.
Kodizillarklausel bei Übergehung von Noterben. Anerkennung des Testamentes. Erbschaftsantritt durch den Kurator. (Gem. R.). Der schon unter den Glossatoren geführte Streit über die Natur der Ungültigkeit der Erbeseinsetzung in einer letzten Willensordnung bei ungegründeter Enterbung oder Übergehung eines Noterben ist nach dem jetzt geltenden Rechte im Sinne der Nichtigkeit des Testamentes zu entscheiden. Diese Nichtigkeit erstreckt sich jedoch nur auf die Erbeseinsetzung, während der übrige Inhalt des Testamentes bestehen bleibt, und tritt ein, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers ein Noterbe vorhanden ist, welcher nicht eingesetzt und nicht rechtmäßig enterbt wurde. Daß nun nach Beseitigung des Testaments und bei dem Eintritte der gesetzlichen Erbfolge vermöge der einem letzten Willen beigefügten Kodizillarklausel auch eine nach den Vorschriften der Nov. 115 nichtige Erbeseinsetzung als Universalfideikommiß aufrecht zu halten ist, folgt aus dem Zwecke dieser Klausel, der allgemeinen Vorschrift der c. 8 § 1 Cod. de cod. 6, 36 und der c. 11 Cod. de test. man. 7, 2, sowie der besonderen analog anzuwendenden Bestimmung in l. 24 § 11 Dig. de fideic.

lib. 40, 5. Hat der eingesetzte Erbe oder dessen gesetzlicher Vertreter in bindender Weise die Erbschaft aus dem Testamente angetreten, bevor er die Kodizillarklausel für sich bezw. zu Gunsten des Vertretenen geltend machte, so kann er nach c. 8 pr. § 1 Cod. de cod. 6, 36 von der getroffenen Wahl nicht mehr abgehen (abgesehen von der dem ehelichen Descendenten des Erblassers nach c. 8 § 2 a. a. O. eingeräumten Vergünstigung). Der Erbschaftsantritt bedarf zwar keiner besonderen Form; es genügt jede Willensäußerung des Delaten oder dessen Stellvertreters, welche dessen ernstlichen Willen, Erbe nach dem Testamente werden zu wollen, unzweideutig zum Ausdruck bringt. Bei der Prüfung der Frage aber, ob ein solcher Wille vorhanden gewesen sei, sind die Umstände eines jeden einzelnen Falles, die Veranlassung und die Beschaffenheit der Willensäußerung in Betracht zu ziehen. Das Vorbringen einer Einrede im Prozesse hindert den Beklagten nicht, auf die Kodizillarklausel zurückzugreifen. Nr. 2526.

Nr. 2618. VI. Sen. 12. Juni 1893. VI. 60. 93. Bd. 31, Nr. 41, S. 198.

Bedeutung der cautela Sociui für den Erwerb des Pflichtteils. (Gem. R.). Die Eltern des C. H. hatten in ihrem gemeinschaftlich errichteten Testamente dessen gesamten Erbteil zu Gunsten seiner gesetzlichen Erben mit Fideikommiß belegt dergestalt, daß ihm nur die lebenslängliche Nutznießung des in pflegschaftliche Verwaltung zu nehmenden Erbteils zustehen sollte. Für den Fall, daß C. H. das Testament anfechte, war er auf den Pflichtteil als Erbe eingesetzt. Nach dem Tode seiner Eltern hatte C. H. bei den Teilungsverhandlungen das Testament anerkannt und die Erbschaft unbedingt angetreten sowie ausdrücklich auf Berechnung und Ausscheidung seines Pflichtteils verzichtet. Die vom Kläger als Gläubiger des C. H. auf Grund des § 3 Nr. 1 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 in Beziehung auf diesen Verzicht erhobene Anfechtungsklage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Die Revision macht geltend, nach den maßgebenden Rechtsgrundsätzen habe C. H. sofort mit dem Erbschaftsantritt den Pflichtteil sine ullo gravamine erworben; in dem Verzicht auf die Ausscheidung des Pflichtteils liege deshalb rechtlich nicht die Ablehnung eines möglichen Erwerbes, sondern die Weggabe eines schon erworbenen (veräußerlichen) Rechtes und Vermögensteils. Diesem Angriffe ist der Erfolg zu versagen. Das Berufungsgericht begründet seine Entscheidung wesentlich mit thatsächlichen Erwägungen. Die Eltern des C. H. haben ihren sämtlichen diesen belastenden Verfügungen die Socinische Kautel hinzugefügt. Zufolge dieser Kautel ist aber das Rechtsverhältnis dahin aufzufassen, daß der Pflichtteilserbe alternativ als eingesetzt erscheint auf den seinen Pflichtteil überschreitenden Erbteil, aber mit der vom Testator verfügten Beschränkung auch in Absehung des Pflichtteils oder auf den unbeschränkten und unbeschwerten Pflichtteil dergestalt, daß der pflichtteilsberechtigte Erbe in der That vor die Wahl gestellt ist, ob er den gesamten Erbteil, so wie er belastet ist, erwerben oder sich mit dem reinen Pflichtteile begnügen will. Indem der Erbe dies Wahlrecht ausübt, lehnt er also das nicht gewählte Recht ab. Das Berufungsgericht hat nun thatsächlich ohne Rechtsirrtum festgestellt, daß C. H. mit der Antretung der Erbschaft in einem Akte das Wahlrecht dahin ausgeübt hat, daß er unter Ablehnung des Erwerbes des Pflichtteils die Erbschaft so beschwert, wie sie ihm hinterlassen ist, erwerben zu wollen erklärt hat. Nr. 2619.

Nr. 2619. VI. Sen. 8. Juni 1896. VI. 396. 95. Bd. 37, Nr. 49, S. 183.

Klage auf Rescission eines Testaments. Einrede der Ausschließung. Replik der Arglist. (Gem. R.). Die Klaganträge, die auch jetzt bei der Revision noch unverändert in Frage stehen, gingen dahin, unter Wiedereinsetzung der Klägerin in den vorigen Stand gegen das vom Amtsgericht in Hamburg in Aufgebotssachen der jetzigen Beklagten verkündete Ausschlußurteil das vom verstorbenen Vater der Klägerin in Gemeinschaft mit der Beklagten errichtete Testament als rechtsungültig zu rescindieren,

ventuell die Bedingung der Wiederverheiratung der Beklagten, unter der die Klägerin n § 3 des Testaments zur Erbin eingesetzt sei, zu streichen und demgemäß die Beklagte u verurteilen: 1. der Klägerin ein von ihr, der Beklagten, zu beeidigendes Inventar iber den Nachlaß zur Zeit des Todes des Vaters der Klägerin zu behändigen, 2. der Klägerin die ihr aus dem väterlichen Nachlasse ohne Testaenent zukommende Intestatrbportion mit Zinsen vom Todestage des Erblassers an, eventuell den ihr nach § 3 ies Testaments unter jener Bedingung zukommenden Erbteil nebst Zinsen, ganz eventuell ien ihr zukommenden Pflichtteil nebst Zinsen auszukehren, falls aber diesen Ansprüchen ias Ausschlußurteil entgegenstehen sollte, die Beklagte wegen Verschuldens bei Führung ier Vormundschaft über die Klägerin zur Zahlung je des gleichen Betrages nebst Zinsen ils zum Schadensersatze zu verurteilen. Diese Anträge gliedern sich also in zwei Hauptstufen, indem die Klägerin prinzipaliter davon ausgeht, daß ihren Erbansprüchen iuf den Nachlaß ihres Vaters an sich zwar die durch das Ausschlußurteil bewirkte Präklusion entgegenstehe, aber replicando auf dem Wege der in integrum restitutio ieseitigt werden könne, indem sie aber eventuell, falls die Präklusion als solche nicht ius dem Wege zu räumen sein sollte, die Beklagte gerade hierfür verantwortlich nachen und auf Schadensersatz belangen und so praktisch dasselbe Ziel erreichen will. Auf diese ganze Eventualität einzugehen, hat das Reichsgericht keinen Anlaß gefunden, da s der Ansicht ist, daß, soweit Erbansprüche der Klägerin überhaupt an sich begründet sind, ie Einrede des Ausschlusses ihnen gegenüber nach Lage der Sache hier nicht durchringen kann. Keiner besonderen Erörterung bedarf hier auch der von der Klägerin nit 1 bezeichnete Antrag auf Mitteilung eines zu beeidigenden Nachlaßverzeichnisses. Auch bisher hat er im Prozesse nicht den Gegenstand einer solchen abgesonderten Errterung gebildet; er ist in den vorigen Instanzen selbstverständlich mit abgewiesen vorden, da überhaupt keine Erbansprüche der Klägerin als rechtsbeständig anerkannt vurden. Soweit aber solche jetzt doch noch zur Geltung kommen, würde prima facie iuch der Antrag auf Verurteilung zur Mitteilung eines Inventars als begründet ercheinen, Nr. 2615, und würde es dem Endurteile vorbehalten bleiben, eine endgültige Entscheidung darüber zu treffen. Im übrigen ist das prinzipale Klagbegehren, daß das Testament des Vaters der Klägerin für rechtsungültig erklärt und ihr der Intestatrbteil zugesprochen werde, vom Berufungsgericht unter Bezugnahme auf die Gründe ies Landgerichts schon an sich für unbegründet erklärt worden, und hiergegen walten eine Bedenken ob. Dasselbe gilt von der Abweisung des in zweiter Reihe erhobenen Klaganspruches, der gerichtet war auf Zusprechung des Intestatanteils der Klägerin an iem „gesamten Kapitalsvermögen" im Gegensatze zur „fahrenden Habe jeglicher Art", inter Streichung der in § 3 für diese Zuwendung aufgestellten Bedingung, daß die Beklagte sich wieder verheirate. Dagegen lag die Sache in Ansehung des ferneren eventuellen Anspruches auf Zuerkennung des der Klägerin gebührenden Pflichtteils insofern von vornherein anders, als das Berufungsgericht, wie schon das Landgericht, diesen Anspruch als an sich begründet anerkannt hat, weil der Vater der Klägerin bei seiner Wiederverheiratung seine Kinder erster Ehe, also auch die Klägerin, nicht vom ehelichen Gesamtgute, sondern nur „vom Mütterlichen" abgeteilt habe, nun aber nach den Hamburger Statuten 3, 3, 4 die in dieser Weise abgeteilten Kinder unzweifelhaft ihr Pflichtteilsrecht behalten. Dieser Anspruch ist daher im angefochtenen Urteil nur auf Grund der Einrede der Präklusion abgewiesen worden. Man könnte auf den ersten Blick vielleicht zweifeln, ob dieser Grund nicht schon an sich rechtsirrig sei. Durch das in Rede stehende Ausschlußurteil sind nämlich alle diejenigen ausgeschlossen worden, die den Bestimmungen des Testaments, insbesondere der Erbeinsetzung der jetzigen Beklagten, widersprechen wollen. Wer nun bloß die Auskehrung seines Pflichtteils verlangt, widerspricht damit jedenfalls noch nicht der im Testamente enthaltenen Erbeinsetzung, und wenn ferner das Testament die sogen. Socinische Kautel enthält, so könnte man sagen, daß der Anspruch auf den Pflichtteil überhaupt nicht gegen das Testament,

sondern gerade im Einklange mit der durch die genannte Kautel geschehenen bedingten Zuwendung desselben erhoben werde. Im vorliegenden Falle würde dies jedoch nicht zutreffen, weil im § 4 des hier fraglichen Testaments nicht die eigentliche Socinische Klausel in der sonst üblichen Weise enthalten ist, wobei der Testator selbst davon ausgeht, daß er Pflichtteilsberechtigte hinterlasse, und diesen nun die Wahl, Nr. 2618, zwischen ihrem Pflichtteile und einer letztwilligen Zuwendung läßt, sondern weil hier der Testator unterstellt, daß er seine Kinder erster Ehe gänzlich abgeteilt habe und diese daher nicht pflichtteilsberechtigt seien, und deshalb seinen Descendenten „das, was ihnen etwa noch gesetzlich aus seinem Nachlasse zukomme", nur für den Fall vermacht hat, daß sie „wider alles Erwarten" mit Geltendmachung irgend welcher Ansprüche gegen das Testament Erfolg haben sollten. Da die Einrede des Ausschlusses also mit Recht an sich für begründet erklärt worden ist, so fragt es sich nur noch, ob durch Nichtzulassung irgend einer Replik gegen revisible Rechtsnormen verstoßen ist. In dieser Beziehung hat in den vorigen Instanzen die Klägerin die Berufung auf ihre zur Zeit des Ausschlußurteils noch fortdauernde Minderjährigkeit in den Vordergrund gestellt und mit Rücksicht auf diese um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten. Das Berufungsgericht hat diesen Rechtsbehelf deswegen verworfen, weil nach der C.P.O. eine Restitution, insbesondere auch wegen Minderjährigkeit, gegen einen mittels eines Aufgebotes verwirkten Ausschluß nicht mehr stattfinde. Ob dies richtig ist, kann hier, wie in einem früheren Falle, Nr. 4340, dahingestellt bleiben, denn der Einrede des Ausschlusses steht hier jedenfalls eine andere, vom Berufungsgericht verkannte Replik entgegen, nämlich daß die Beklagte durch fahrlässiges Verhalten verschuldet hat, daß die Klägerin zur Zeit des Aufgebotstermins und des Ausschlußurteiles, obwohl minderjährig, der ordnungsmäßigen gesetzlichen Vertretung entbehrte. Da die hier erheblichen Thatsachen sämtlich von der Klägerin angeführt sind, so kommt es nicht in Betracht, daß die Letztere sie in rechtlicher Hinsicht nicht gerade zur Begründung der jetzt fraglichen Replik, sondern in einer etwas abweichenden Richtung hat verwerten wollen. Die Beklagte hatte nach dem Tode ihres Ehemannes die Vormundschaft über die Klägerin übernommen und war versehentlich von der Vormundschaftsbehörde zugelassen worden, obgleich sie nicht die leibliche Mutter, sondern die Stiefmutter der Klägerin und daher gar nicht zu dieser Vormundschaft berufen, ja unter diesen Umständen wegen ihres Geschlechts nicht einmal zu derselben fähig war. Es mag nun wohl darin dem Oberlandesgericht beizustimmen sein, daß ihr aus der Übernahme der Vormundschaft an sich, weil diese unberechtigt war, ein Vorwurf noch nicht gemacht werden kann, da ihr als einer Frau nicht angesonnen werden darf, daß sie sich bei vorliegendem Einverständnis der Vormundschaftsbehörde noch erst genauer über die die Berufung zur Vormundschaft regelnden Rechtsnormen hätte unterrichten sollen. Dagegen verkennt das Berufungsgericht den Begriff der Fahrlässigkeit, wenn es die Beklagte auch dafür für entschuldigt hält, daß sie es unterlassen hat, wegen Kollision ihrer eigenen Interessen mit denen der Klägerin die Vertretung der Letzteren auf diesem Gebiete abzulehnen und auf Bestellung eines besonderen Vormundes hierfür hinzuwirken. Sie brauchte dazu nicht, wie das Oberlandesgericht annimmt, zu wissen, daß die Klägerin berechtigt sei, dem Testament widersprechende Ansprüche geltend zu machen. Sie mußte vielmehr einsehen, daß es gerade darauf ankam, daß ein persönlich nicht interessierter Vormund die Prüfung übernehme, ob der Klägerin solche Ansprüche zustehen und ob es im Bejahungsfalle deren Interesse entspreche, sie geltend zu machen; denn sie wußte, daß, während sie selbst zur Universalerbin eingesetzt war, die Klägerin, obgleich leibliches Kind des Erblassers, zunächst von der Erbschaft ganz ausgeschlossen sei. Für diese Vernachlässigung ist sie der Klägerin verantwortlich. Denn sie war freilich rechtlich gar nicht Vormünderin, weil sie es als Frau, ohne leibliche Mutter oder Großmutter zu sein, nicht sein konnte (l. 18 Dig. de tut 26, 1; l. 26 pr. Dig. de testam. tut. 26, 2; vergl. wegen der rechtlichen Bedeutung solcher Unfähigkeit auch §§ 13, 14

Inst. de excus. I. 25 und c. 4 Cod. qui dare tut. 5, 34); aber sie haftet nichtsdestoweniger, als ob sie es wirklich gewesen wäre (l. 1 §§ 2, 6, 7 Dig. de eo qui pro tut. 27, 5; c. Cod. eod. 5, 45). Hier handelt es sich übrigens nur darum, daß es der Beklagten nicht zusteht, nachdem sie selbst schuldvollerweise die Klägerin in die Lage gebracht hatte, einer ordnungsmäßigen vormundschaftlichen Vertretung während der kritischen Zeit entbehren zu müssen, sich ihrerseits auf die Folgen der Versäumnis zu berufen, die möglicherweise vermieden sein würde, wenn die Beklagte ihre Pflicht gethan und der Klägerin zu einem unbeteiligten Vormunde verholfen hätte. Ebendeshalb kommt es nicht auf die Feststellung an, ob der andere Vormund dann auch wirklich den Pflichtteilsanspruch der Klägerin erkannt und angewendet, und ob er es nicht dem Interesse der Letzteren für besser entsprechend gehalten haben würde, das Testament unangefochten zu lassen. Die Möglichkeit, daß er das Erstere gethan haben würde, genügt, um es als ungehörig erscheinen zu lassen, daß sich die Beklagte die Präklusion zu nutze mache, und um daher die Replik der Arglist zu begründen. Weil es sich hier nicht darum handelt, daß die Beklagte von einem Schaden frei bleiben, sondern darum, daß sie auf Kosten der Klägerin einen Gewinn machen will, würde es auch, ohne Rücksicht auf das Geschlecht der Beklagten, unerheblich sein, wenn ihr fahrlässiges Verhalten durch mangelhafte Einsicht in die Rechtsverhältnisse verursacht sein sollte, nach l. 8, l. 9, pr. Dig. de jur. et facti ignor. 22, 6 und c. 13 Cod. eod. 1, 18. Die replicatio doli wegen schuldvollen Verhaltens der Beklagten gegenüber der Einrede des Ausschlusses spielt hier eine ganz ähnliche Rolle wie in anderen Fällen eine solche replicatio doli gegenüber der Einrede der Verjährung. Nr. 216. Aus diesen Gründen ist, da gegen die Anerkennung des Pflichtteilsrechts der Klägerin an sich kein rechtliches Bedenken zu erheben war, das vorige Urteil insoweit, als es die auf dies Pflichtteilsrecht gegründeten Klaganträge verworfen hat, aufgehoben.

Nr. 2620. II. Hilfs-Sen. 26. September 1881. V^a. 117. 81. Bd. 6, Nr. 69, S. 247.

Natur des Pflichtteilsrechts. § 433, II. 2 A.L.R. (Preuß. R.). Dem im Testament nicht eingesetzten Pflichtteilsberechtigten steht kein Miterbrecht, sondern nur ein Forderungsrecht auf eine seinem Pflichtteil entsprechende Summe zu. Es bedarf daher nicht der Umstoßung des Willens des Testators, daß er nicht Erbe sein solle. — An einer ausdrücklichen und deutlichen Bestimmung des A.L.R., daß der Pflichtteilsberechtigte Erbe gegen das Testament werde, fehlt es. Unstreitig ist derjenige Pflichtteilsberechtigte, dem ein dem Pflichtteil entsprechendes Quantum durch bloßes Legat zugewendet worden, in seinem Pflichtteilsrecht nicht verletzt, er kann also auch das Testament nicht anfechten. Da der Pflichtteilsberechtigte kein Recht hat, auf eine bestimmte Quote zum Erben eingesetzt zu werden, sondern nur ein gewisses Quantum zu erhalten, so kann auch die Klage wegen Verletzung dieses Rechts nicht den Erfolg haben, daß er Erbe wird. Die Fiktion, auf der die eigentümliche Natur und Wirkung der querela inofficiosi testamenti des römischen Rechts allein beruht, daß nämlich der Testator nicht gesunden Geistes gewesen und daher das Testament ungültig sei, weshalb Intestaterbfolge eintreten müsse, ist dem A.L.R. fremd; vielmehr hat die Klage des A.L.R. auf Gewährung des Pflichtteils denselben Charakter wie die gemeinrechtliche Ergänzungsklage, d. h. sie ist eine rein persönliche Klage aus einem Forderungsrecht auf ein Quantum. Die von den Gegnern geltend gemachten Argumente fallen nicht ins Gewicht. Der von ihnen herangezogene Sprachgebrauch des A.L.R. ist ungenau (§§ 122, 284, I. 17; § 1113, I. 11; § 154, I. 12; §§ 399, 410, 412, 414, 432, 435, 436, 379, 544, II. 2 A.L.R.). Entgegen steht auch nicht, daß die Höhe des Quantums des Pflichtteils nach der Quote des Intestaterbteils berechnet wird, denn dies hat allein darin seinen Grund, daß ein anderer Maßstab der Bemessung nicht wohl möglich ist, ohne Unbilligkeiten hervorzubringen. Für die Erbenqualität des Pflichtteilsberechtigten kann man sich auch nicht auf den Anh. § 164 zu § 524, II. 18 A.L.R. berufen. Denn dort

wird nur von der Ansicht ausgegangen, daß eine Einsetzung auf den Pflichtteil eine gültige Erbeseinsetzung d. h. daß sie so zu verstehen sei, daß der Eingesetzte Universalsuccessor zu $^1/_3$, $^1/_2$ oder $^2/_3$ nach der Willensmeinung des Testators werden solle. Nicht ist daraus zu folgern, daß die Pflichtteilsberechtigung schlechthin eine Erbberechtigung sei und daß der Pflichtteilsberechtigte, der nach der Testamentsbestimmung nicht Erbe sein soll, Erbe gegen das Testament werde. Die §§ 444—456 und 530 ff. II. 2 A.L.R. enthalten singuläre Spezialbestimmungen, aus denen sich für die rechtliche Natur der Pflichtteilsberechtigung im allgemeinen nichts herleiten läßt. Nr. 2621.

Nr. 2621. IV. Sen. 5. April 1888. IV. 371. 87. Bd. 21, Nr. 50, S. 272.

Natur des Pflichtteilsrechts. (Preuß. R.). Der Pflichtteilsanspruch der Kläger an sich ist anerkannt. Der Streit der Parteien betrifft die Frage, ob die Beklagten sich gefallen lassen müssen, daß bei Berechnung des Pflichtteils der Wert der Grundstücke auf Grund der Schätzung durch Sachverständige bestimmt werde, und ob sie verpflichtet sind, den so ermittelten Geldbetrag an die Kläger zu zahlen, oder ob sie berechtigt sind, nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Teilung des gemeinschaftlichen Eigentumes den notwendigen Verkauf der Grundstücke und ferner zu verlangen, daß die Kläger ihre Pflichtteilsquote wie Miterben aus der ganzen gütergemeinschaftlichen Masse zu erhalten haben. Im Gegensatze zu dem Landgericht hat das Berufungsgericht das Erstere angenommen. Unter Bezugnahme auf das Urteil im Falle Nr. 26.. wird ausgesprochen, der im Testamente nicht auf den Pflichtteil eingesetzte Pflichtteilserbe sei nicht Miterbe, sondern habe ein Forderungsrecht auf eine seinem Pflichtteile entsprechende Summe. Dies Forderungsrecht sei von der Teilung des Nachlasses und der Subhastation der Nachlaßgrundstücke unabhängig, berechtige vielmehr die Kläger, zum Zwecke der Ausmittelung des Pflichtteiles Abschätzung der Grundstücke und demnächst Auszahlung der für sie ermittelten Summen zu fordern. Dieser letzteren aus der Natur des Pflichtteilsrechtes als eines Forderungsrechtes hergeleiteten Annahme ist beizutreten. Die Frage ist, welchen Anspruch derjenige geltend macht, welcher gegen das Testament den Pflichtteil fordert, weil er behauptet, in seinem Pflichtteilsrechte verletzt zu sein. Dieser Anspruch ist als Forderungsrecht an den Nachlaß, nicht als ein Erbrecht anzusehen. Für die Auffassung des Pflichtteilsanspruches als eines Geldanspruches wird mit Recht Gewicht darauf gelegt, daß schon nach der Entstehungsgeschichte der landrechtlichen Bestimmungen über den Pflichtteil die Gesetzgeber dem Pflichtteilsberechtigten mehr als den Anspruch auf eine bestimmte ihm aus dem Nachlasse zu gewährende Geldleistung nicht haben einräumen wollen, daß sonach die Redaktoren des Landrechts von der Annahme eines Forderungsrechts, nicht eines Erbrechts ausgegangen sind, und daß diesem Gedanken auch der § 433, II. 2 A.L.R. Ausdruck giebt. Zutreffend wird ferner darauf hingewiesen, daß das Gesetz nirgends den Pflichtteilsberechtigten als Miterben anerkennt und daß auch die Klage keine Verwandtschaft mit der hereditatis petitio partiaria zeigt, da sie nicht gegen jeden Besitzer der Nachlaßobjekte, sondern gegen Erben und Legatarien geht, die Herausgabe einer Geldsumme bezweckt und einer kurzen Verjährung unterliegt. Vergl. §§ 432 ff., II. 2 A.L.R. Andererseits wird richtig darauf hingewiesen, daß die Vertreter der Erbrechtstheorie, indem sie, um die Größe des Pflichtteils zu berechnen, die Nachlaßschulden vorweg in Abzug bringen, damit anerkennen, daß der Pflichtteil nicht pars hereditatis, sondern pars bonorum, also eine Geldsumme ist, während nach der Erbrechtstheorie der Pflichtteilserbe in jedem Falle neben dem eingesetzten Erben in die mit Schulden belastete Erbschaft nach seiner Quote einzutreten und den Gläubigern gegenüber für die Schulden zu haften haben würde, ein Gesichtspunkt, welcher nach den Bestimmungen des A.L.R. als ausgeschlossen anzusehen ist. Auch das kommt in Betracht, daß eine Verletzung im Pflichtteile dann nicht vorliegt, wenn dem Pflichtteilsberechtigten in dem Testamente ein der Höhe des Pflichtteils entsprechender Geldbetrag zugewendet ist. Nr. 2629. Nr. 2496.

Nr. 2622. IV. Sen. 22. Oktober 1883. IV. 272. 83. Bd. 10, Nr. 60, S. 224.

Anfechtungsrecht des Enterbten. §§ 440, 456, II. 2 A.L.R. (Preuß. R.). Die für das Anfechtungsrecht des Enterbten in § 440 a. a. O. gegebene zweijährige Verjährungsfrist findet keine Anwendung auf den Fall, in welchem nach § 456 a. a. O. ein Testament durch Adoption seine Kraft verloren hat. Das preußische A.L.R. hat nach Voraussetzung und Wirkung streng voneinander geschieden die Fälle, welche, mit Aufrechterhaltung des Testamentes, zur eigentlichen Pflichtteilsklage d. h. zur Ergänzung des Pflichtteils berechtigen (§§ 432—442 a. a. O.) und diejenigen Fälle, welche die Hinfälligkeit des Testamentes begründen und an Stelle der testamentarischen Succession die gesetzliche Erbfolge setzen (§§ 444—456 a. a. O.). Bei dieser durchgreifenden Verschiedenheit ist es nicht gestattet, die speziell für die Pflichtteilsergänzungsklage gegebenen Erlöschungsgründe, soweit sie nicht etwa mit den allgemeinen Vorschriften über die Anerkennung eines Testamentes (§§ 611—613, I. 12 A.L.R.) zusammenfallen, auf jene verschieden gearteten Fälle der Entkräftung eines Testamentes zu beziehen. Es ist daher auch der hieraus für den Noterben erwachsene Erbanspruch nicht der zweijährigen Verjährung unterworfen, welcher nach § 440 a. a. O. eintritt, wenn der Enterbte (oder auch der wissentlich mit Stillschweigen übergangene, § 442 a. a. O.) die Verfügung zwei Jahre lang, nachdem er Kenntnis davon erhalten, gerichtlich nicht angefochten hat. Schon die Worte „Enterbter“ und „Übergangener“ leiden keine Anwendung auf einen Noterben, den ein Testator erst nach errichtetem Testament durch Geburt oder Adoption erhalten hat.

Nr. 2623. II. Sen. 22. November 1895. II. 208. 95. Bd. 36, Nr. 64, S. 252.

Rechtsstellung des Pflichtteilsberechtigten, der auf den vollen, aber mit einer Last beschwerten Erbteil eingesetzt ist. (Preuß. R.). Es handelt sich darum, ob die Klägerin dadurch, daß sie ihren Pflichtteil am Nachlasse der Mutter erstritten und ausgezahlt erhalten hat, bezüglich dieses Nachlasses als abgeschichtet zu gelten habe. Zutreffend nimmt das Oberlandesgericht an, daß die Verneinung dieser Frage nach römischem Recht nicht zweifelhaft sein könne. Aus der c. 36 § 1 Cod. de inoff. test. 3, 28 ergiebt sich, daß der Noterbe, dem mehr als der Pflichtteil, jedoch belastet mit einem onus zugewendet worden, außer dem unbeschwerten Pflichtteil auch noch den Überschuß, letzteren jedoch mit dem onus, beziehentlich nach dessen Erledigung, beanspruchen dürfe. Daß diese Bestimmung innerlich gerechtfertigt sei, läßt sich jedoch nicht behaupten. Es wird als ein natürliches Bestreben des Testators anzuerkennen sein, seinem letzten Willen durch jedes erlaubte Mittel Achtung und Befolgung zu sichern. Aus diesem Gesichtspunkt ist diejenige Testamentsauslegung, die den Noterben vor die Wahl stellt, entweder den letzten Willen in vollem Umfange zu ehren oder statt dessen den unbeschwerten Pflichtteil zu wählen, die nächstliegende und selbstverständliche. Die gemeinrechtliche Praxis hat sich denn auch mit der durch das Justinianische Recht eingeführten Singularität dadurch abgefunden, daß sie das Recht des Testators anerkannte, durch eine Klausel des letzten Willens (die sogen. cautela Socini) eine Schranke dagegen zu errichten, daß der Noterbe zuerst das Testament als lieblos angreift, um die legitima zu erstreiten, und später auf dasselbe zurückkommt, um nunmehr nach Erledigung des onus auch noch das Mehr zu erlangen, ein Verfahren, das mit der natürlichen Billigkeit nicht vereinbar erscheint. Im vorliegenden Falle kommt es nun, da sich die Erbschaft der Mutter in Hagen i. W. eröffnet hat, auf die Bestimmungen des preußischen A.L.R. an. Ausgesprochenermaßen haben die Verfasser dieses A.L.R. nicht das in vielen Punkten auf Überbleibseln der alten Formularjurisprudenz beruhende formelle römische Noterbenrecht, sondern ein selbständiges sachlich verständiges Recht auf den Pflichtteil übernehmen wollen. Hiermit erscheint es nicht vereinbar, daß das A.L.R. einen der angeführten römischen Singularität gleichen oder ähnlichen Rechtssatz konserviert habe. Dies ist nun auch thatsächlich nicht geschehen. Es findet sich im A.L.R. keine Bestimmung,

welche die Kodexstelle inhaltlich reproduziert. Umgekehrt bestätigt die im § 430, II. 2 A.L.R. enthaltene Überschrift die Richtigkeit des Satzes, daß dem Pflichtteilsberechtigten nur die Wahl zwischen der Anerkennung des Testaments seinem ganzen Inhalte nach oder der Beanspruchung des unbeschwerten Pflichtteils bleibt. Für die gegenteilige von dem Oberlandesgericht aufgestellte Meinung läßt sich denn auch aus der landrechtlichen Praxis keine Entscheidung anführen. Auch in der Litteratur wird überwiegend die der Auffassung des Oberlandesgerichts entgegengesetzte Meinung vertreten und als der Praxis der Gerichte entsprechend bezeugt. Das sächsische B.G.B. hat vorsichtigerweise die Frage in § 2587 positiv im Sinne der Selbstverständlichkeit der sogen. Socinischen Klausel entschieden, und ihm folgt Entwurf I des B.G.B. für das Deutsche Reich in § 1981 (Motive dazu Bd. 5 S. 398, 399). Demnach ist anzunehmen, daß die Klägerin durch die Erstreitung des ihr gebührenden Pflichtteils aus der ehelichen Gütergemeinschaft, die der Vater mit den beiden anderen Kindern fortgesetzt hat, im Jahre 1880 ausgeschieden ist bezw. ihr mütterliches Erbteil im übrigen verwirkt hat und zwar in einer auf den Todestag der Mutter rückwirkenden Weise.

Nr. 2624. Hilfs-Sen. 24. April 1883. IVa. 245. 82. Bd. 9, Nr. 71, S. 265.

Statutarischer Schichtteil. Wertberechnung. (Preuß. R.). Das Gesetz betreffend die Abschätzung von Landgütern zum Behufe der Pflichtteilsberechnung in der Provinz Westfalen vom 4. Juni 1856 findet auf die Wertberechnung des statutarischen Schichtteils, insbesondere in der vormaligen Reichsgrafschaft Rietberg, keine Anwendung. Der Schichtteil, welcher dem Kläger nach dem Rietberger Statutarrechte an demjenigen Vermögen zusteht, welches der Vater nach der Auflösung seiner Ehe als Witwer in der mit seinen Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft besessen hat, besteht nach seiner rechtlichen Natur nicht in einem Anteile an dem Nachlasse des demnächst ebenfalls verstorbenen Vaters der Parteien, sondern in einem Kondominialanteil des von ihm bis zu seinem Tode besessenen Gemeinvermögens. Es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber die Wirksamkeit des gedachten Gesetzes über die in der Überschrift und im § 1 gezogenen Grenzen hinaus auf andere Gebiete als das des gesetzlichen Pflichtteilsrechts nicht hat übertragen wollen.

Nr. 2625. IV. Sen. 10. Mai 1886. IV. 455. 85. Bd. 15, Nr. 72, S. 297.

Person des Gegners bei der Pflichtteilsergänzungsklage. § 435, II. 2 A.L.R. (Preuß. R.). Die Mutter der Parteien hat in ihrem Testamente von ihren sieben Kindern nur die sechs Beklagten, nicht aber den Kläger zu Erben eingesetzt; den letzteren hat die Erblasserin nur mit dem Legate eines Nießbrauches an einem den Kindern desselben zugewendeten Legate von 2700 Mk. bedacht. Der Kläger behauptet, hierdurch im Pflichtteile verletzt zu sein, und hat auf Ergänzung des Pflichtteils, ohne eine bestimmte Summe anzugeben, und ohne eine Entscheidung über den Betrag zu verlangen, geklagt. Der Berufungsrichter hat die Beklagten nach dem Klagantrage verurteilt, ohne sich darüber auszusprechen, ob, wie die Beklagten behaupten, die Voraussetzungen des § 435, II. 2 A.L.R. vorliegen; er verweist die Erörterung dieser Frage zur Nachlaßregulierung bezw. zu einem neuen Rechtsstreite und nimmt an, daß den Beklagten nach § 298, I. 12 A.L.R. allein die Verteidigung gegen die Ansprüche des Klägers zukommt, während die Beklagten geltend machen, daß sie passiv nicht legitimiert seien. Auf die Revision der Beklagten ist das Urteil aufgehoben. Der Berufungsrichter hätte feststellen müssen, ob die thatsächlichen Voraussetzungen des § 435, II. 2 A.L.R., d. i., ob die Erblasserin den dem Kläger entzogenen Erbteil dessen Kindern als Legatarien ausdrücklich beschieden hat, vorliegen. Ist dies der Fall, so sind die Beklagten (Erben) bei dem mit der Klage geltend gemachten Anspruche nur so weit interessiert, als etwa der Pflichtteil des Klägers durch das seinen Kindern hinterlassene Legat von 2700 Mk. nicht gedeckt ist. Letzteres ist nach der Sachlage nicht anzunehmen, da der Kläger selbst den

Pflichtteil geringer berechnet. Der Wortlaut des § 435 a. a. O. führt dahin, daß der Enterbte in diesem Falle nicht die Erben, sondern die betreffenden Legatarien in Anspruch zu nehmen hat. Die gegenteiligen Ausführungen sind nicht zu billigen. Die Verteidigung des Testamentes hat derjenige zu übernehmen, welcher bei der Aufrechterhaltung der bezüglichen letztwilligen Verfügung schließlich der Interessierte ist.

Nr. 2626. IV. Sen. 7. November 1892. IV. 199. 92. Bd. 30, Nr. 74, S. 257.

Letztwillige Anordnung des Großvaters, daß den Enkeln auf den Pflichtteil angerechnet werde, was ihr verstorbener Vater dem Großvater schuldig geworden war. (Preuß. R.). Aus den Bestimmungen der §§ 348, 353, 354, 356—360, 362, II. 2 A.L.R. ergiebt sich, daß den Nachkommen eines vorverstorbenen Kindes den Großeltern gegenüber ein unmittelbares eigenes Erbrecht zusteht, gleichviel ob sie die Erben ihres Erzeugers geworden sind oder nicht, sowie daß andererseits die Linie des verstorbenen Kindes nicht mehr erbt, als dieses selbst geerbt haben würde, wobei seine Nachkommen sich auch alles das, was von ihm zu konferieren war, anrechnen lassen müssen. Diese für das Intestaterbrecht geltenden Grundsätze sind auch bezüglich des Pflichtteilsrechts der Enkel dergestalt anzuwenden, daß einerseits den nach dem Gesetze zur Erbschaft des Großvaters berufenen Abkömmlingen eines vorverstorbenen Kindes ein Anspruch auf den Pflichtteil kraft eigenen Rechts in dem nämlichen Umfange zusteht, wie solches Pflichtteilsrecht dem vorverstorbenen Kinde zugestanden haben würde, und daß andererseits diese Abkömmlinge des vorverstorbenen Kindes sich auf den Pflichtteil alles das anrechnen lassen müssen, was dem vorverstorbenen Kinde darauf anzurechnen gewesen wäre. Nach Anordnung der §§ 393—396, II. 2 A.L.R. hat sich aber das Kind auf den Pflichtteil nur anrechnen zu lassen, was dem Kinde auf den Sterbefall zugewendet wird, und außerdem a) den wirklichen Betrag der erhaltenen Ausstattung, b) Geschenke der in § 328 a. a. O. bezeichneten Art, welche in Grundstücken, Gerechtigkeiten oder ausstehenden Kapitalien bestanden haben, c) die Beträge, die der Erblasser zur Bezahlung solcher Schulden des Kindes verwendet hat, zu deren Anerkennung er nach den Gesetzen nicht verpflichtet war. In den Fällen a und b folgt die Zulässigkeit der Anrechnung ohne Weiteres aus dem Gesetze, während im Falle c noch erfordert wird, daß der Erblasser die Anrechnung anordnet. Abgesehen hiervon können die Eltern den Pflichtteil nach ausdrücklicher Vorschrift des § 394 a. a. O. durch andere Anrechnungen nicht schmälern. Der leitende Gedanke für die Zulässigkeit dieser Anrechnungen zu a—c ist darin zu suchen, daß es sich hierbei, ebenso wie bei den Konferenden, um Zuwendungen unter Lebenden handelt, die ihrer Natur nach als Vorausbezahlungen auf den künftigen Erbteil anzusehen sind. Begrifflich verschieden von dieser gesetzlich geregelten Anrechnung auf den Pflichtteil ist die Aufrechnung, welche wegen aller kompensablen Forderungen stattfindet, die der Erblasser gegen das Kind erworben hat, und die lediglich darauf beruht, daß die zur Herauszahlung des Pflichtteils verbundenen Erben von der dieserhalb geschuldeten Gesamtsumme diejenigen Beträge abziehen, die der zur Forderung des Pflichtteils Berechtigte ihnen zu zahlen schuldig ist. Um ein solches Kompensationsrecht zu begründen, bedarf es keiner Anordnung des Erblassers; solche Anordnung muß andererseits aber auch wirkungslos bleiben, soweit die Voraussetzungen zur Kompensation nicht vorliegen. Im vorliegenden Falle hat der Erblasser, Großvater der Kläger, in dem Testamente seine Ehefrau, die Beklagte, zur Universalerbin eingesetzt, die Kläger, Kinder seines vorher verstorbenen Sohnes, auf den Pflichtteil gesetzt und angeordnet, daß sie sich darauf alles dasjenige anrechnen zu lassen haben, was ihr Vater, in dessen Nachlaßkonkurse er einen Ausfall festgestellter Forderungen in Höhe von 10547 Mk. 6 Pf. erlitten hat, ihm aus Wechsel- und Schuldscheindarlehen verschulde. Ein Fall der gesetzlich zulässigen Anrechnung im Sinne der §§ 393—395 a. a. O. liegt nicht vor. Eine durch Kompensation vermittelte Aufrechnung jener ausgefallenen Forderungen des Erblassers ist aber nach § 422, I. 9 und

§§ 311, 312, I. 16 A.L.R. den Klägern gegenüber ausgeschlossen, da die Kläger unstreitig Benefizialerben des Schuldners, ihres Vaters, geworden sind und dessen gesamter Nachlaß im Konkurse an die Gläubiger zur Verteilung gebracht worden ist. Demnach sind die Kläger den ihnen gebührenden Pflichtteil ohne Abzug zu fordern berechtigt. Die Ansicht, daß den Klägern jene Schulden ihres Vaters auf ihren Pflichtteil in Abzug zu bringen seien, findet im Gesetze keine Stütze. Namentlich bietet der § 395, II. 2 A.L.R. in dieser Beziehung keinen Anhalt, zumal diese singuläre Vorschrift in erster Linie den Fall im Auge hat, wenn die Schulden des Kindes bezahlt worden sind, nicht um die abgezahlten Forderungen durch notwendige Cession zu erwerben, sondern um das Kind von seiner Schuld überhaupt zu befreien.

Nr. 2627. IV. Sen. 31. Januar 1889. IV. 289. 88. Bd. 23, Nr. 49, S. 224.

Pflichtteilsberechnung, wenn zum Nachlasse bedingte oder sonst ungewisse Rechte gehören. (Preuß. R.). Für die Berechnung des Pflichtteils ist der Geldwert des Nachlasses zur Zeit des Todes des Erblassers maßgebend. Er ist im Streitfalle durch Schätzung Sachverständiger zu ermitteln (vergl. § 116, I. 2 A.L.R.), was zweifellos auch von unsicheren Außenständen gilt. Der Berufungsrichter nimmt an, daß es sich in dieser Hinsicht mit aufschiebend bedingten oder sonst ungewissen erbschaftlichen Rechten, denen er das in Frage stehende Anrecht des Erblassers an dem großväterlichen Nachlasse beizählt, anders verhalte, indem bezüglich dieser die Ausgleichung zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigten bis nach Eintritt des Gewißheit gewährenden Ereignisses ausgesetzt und dem Letzteren ein eventuelles Nachforderungsrecht auf eine seinem Pflichtteile entsprechende Wertsquote des dem Nachlasse zugeführten Vorteiles vorbehalten bleiben müsse. Allein diese Annahme entbehrt der gesetzlichen Grundlage und widerspricht dem zweifellosen Prinzip des A.L.R., daß der Pflichtteil nach dem Werte des Nachlasses zur Zeit des Todes des Erblassers zu berechnen ist, mithin durch die späteren Schicksale des nachgelassenen Vermögens, wodurch Vermehrungen oder Verminderungen desselben herbeigeführt werden, in seinem Betrage nicht beeinflußt wird. Die analoge Anwendung der Vorschriften §§ 20, 23 des preußischen Erbschaftssteuergesetzes vom 30. Mai 1873 auf den vorliegenden Fall erscheint ausgeschlossen, da sie, wie das ganze Gesetz, streng positiver Natur sind, sich nicht als Ausflüsse eines allgemein anwendbaren Rechtsprinzips kennzeichnen und überdies ihre Rechtfertigung in dem besonderen Zwecke des Gesetzes finden. Für die Ermittelung des Pflichtteiles muß es also bei der allgemeinen Regel der Schätzung des derzeitigen Wertes durch Sachverständige sein Bewenden haben. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber nicht einmal um ein suspensiv bedingtes Recht des Erblassers an dem für die Descendenz des Klägers bestimmten Teile des K.schen Nachlasses. Denn mag man ihn als direkten Erben seines Großvaters und den Kläger als Nießbrauchslegatar oder diesen als Vorerben und jenen als Nacherben ansehen, in jedem Falle hat er mit dem Tode des Testators K. ein sogleich existentes, vererbliches und veräußerliches Recht an dem Erbteile erworben, dessen Umfang nur insofern bis zum Tode des Klägers ungewiß ist, als sich erst in diesem Zeitpunkte entscheidet, ob der Erblasser von Anfang an allein oder nur, und zu welchem Teile, mitberechtigt war. Dies Recht kann nach seinem Geldwerte in jedem Zeitpunkte geschätzt werden, wobei einerseits der damalige Wert der Erbschaftsmasse an sich, andererseits die nähere oder entferntere Möglichkeit der Entstehung weiterer Descendenz des Klägers, und, als wertmindernd, der lebenslängliche Nießbrauch des letzteren in Anschlag kommen müssen. Nr. 2629.

Nr. 2628. IV. Sen. 1. Juli 1889. IV. 101. 89. Bd. 24, Nr. 52, S. 256.

Berechnung des Pflichtteilsanspruches des durch den Abschluß eines Leibrentenvertrages in seinem Pflichtteile verletzten Kindes. (Preuß. R.). Der Begriff des Leibrentenvertrages (§§ 606 ff. I. 11 A.L.R.) erfordert, daß der eine Vertragschließende,

der Leibrentenverkäufer, zur Entrichtung einer bestimmten Abgabe auf die Lebenszeit eines Menschen gegen Empfang einer Summe Geldes oder anderer Sachen, die aber von dem Vertragschließenden zu einem in Gelde bestimmten Werte angeschlagen sein müssen, seitens des anderen Vertragschließenden, des Leibrentenkäufers, sich verpflichtet. Ein Vitalizienvertrag liegt nach den Anh. § 19 dann vor, wenn ein ganzer Vermögensinbegriff gegen die Verpflichtung des Übernehmers, dem Übertragenden Unterhalt zu gewähren, übertragen wird. Im vorliegenden Falle legt die vertragsmäßige Festsetzung die Annahme nahe, daß dem Beklagten nichts weiter als die im Vertrage bezeichneten beiden ausstehenden Forderungen und die darin ihrer Gattung nach angegebenen Gegenstände haben überlassen werden sollen und überlassen worden sind. Damit verliert der Umstand an Bedeutung, daß die dem Beklagten überlassenen Gegenstände in dem Vertrage unter der Bezeichnung eines Inbegriffes des gesamten Vermögens des Gegenkontrahenten zusammengefaßt sind. Dagegen gewinnt der Umstand an Gewicht, daß in seinem Testamente der Gegenkontrahent erklärt hat, er habe über den größten Teil seines Vermögens, also nicht über sein ganzes Vermögen, zu Gunsten des Beklagten verfügt. Ebenso erweist sich der Umstand als erheblich, daß der Übertragung jener Vertragsgegenstände im angeschlagenen Werte im Vertrage nur die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung der Rente gegenübersteht. Leistung und Gegenleistung sind also im Vertrage ihrem Werte nach auf bestimmte Beträge angegeben. Diese Gründe nötigen zu der Annahme, daß die Vertragsschließenden nicht einen Vitalizienvertrag, sondern einen nach den §§ 606 ff. a. a. O. zu beurteilenden Leibrentenvertrag haben schließen wollen. Dann ist aber noch die Frage der Berechnung des Pflichtteilanspruches des Klägers zu beantworten. Die Sätze der §§ 637—639, I. 11 A.L.R. sind, soweit im § 639 mit der Hälfte des dort angegebenen Nachlaßganzen gerechnet wird, ebenso wie der auf die Anfechtung von Schenkungen wegen Pflichtteilsverletzung bezüglich § 1113, I. 11 A.L.R. nur dadurch zu erklären, daß die Verfasser des Landrechts anfänglich die Absicht hatten, den Pflichtteil allgemein auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils festzusetzen. Als jene Absicht aufgegeben wurde, nahm man eine entsprechende Änderung der auf die Anfechtung der Leibrentenverträge und der Schenkungen bezüglichen Sätze nicht vor. Und es fragt sich, ob den landrechtlichen Vorschriften, durch welche die Höhe des Pflichtteils je nach der Zahl der Kinder auf ein Drittel, die Hälfte oder zwei Drittel des gesetzlichen Erbteils bestimmt wird, Einfluß auf die Rechtsnormen einzuräumen ist, welche sich auf den Anspruch des durch einen Leibrentenvertrag des Parens im Pflichtteile verkürzten Abkömmlings beziehen, ob insbesondere in dem Falle, in welchem der Pflichtteil ein Drittel des gesetzlichen Erbteils betragen würde, der dem Abkömmling infolge Abbruches des Pflichtteiles durch einen Leibrentenvertrag des Parens gegebene Anspruch auf ein Drittel des Betrages zu ermäßigen ist, der sich nach den behufs der Berechnung des Anspruches gegebenen Bestimmungen als Erbschaftsbetrag darstellt. Zum Zwecke der Feststellung der Höhe des Anspruches ist in jedem Falle zuerst gemäß § 638 a. a. O. der nach Abzug der zu zahlen gewesenen Rentenbeträge, aber unter Hinzurechnung landesüblicher Zinsen des Betrages, der den mit dem Vertragsschlusse in das Vermögen des Rentenverkäufers übergegangenen Kaufpreis der Rente darstellt, sich ergebende Kapitalsrest zu berechnen. Über die Anwendbarkeit des § 639 a. a. O. in dem Falle, wenn der Pflichtteil nur ein Drittel des gesetzlichen Erbteils beträgt, wird gestritten. Das vormalige preußische Obertribunal hat in dem Urteile vom 8. Dezember 1854 ausgesprochen, daß die Vorschrift des § 639 auch dann anzuwenden ist, wenn der Pflichtteil des den Leibrentenvertrag anfechtenden Noterben nach gesetzlicher Vorschrift nur ein Drittel des gesetzlichen Erbteiles beträgt. Diese Ansicht ist aufrecht zu erhalten. Nach den §§ 637—639 a. a. O. ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber bei Bestimmung des dem Pflichtteilsberechtigten gegen den Leibrentenverkäufer gegebenen Anspruches den Pflichtteil auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteiles hat festsetzen wollen. Es mag Veranlassung vorliegen, anzunehmen, daß die Verfasser

des Landrechts, wenn sie bei der späteren Bestimmung des Pflichtteils auf ein Drittel, die Hälfte, zwei Drittel des gesetzlichen Erbteils, je nach der Zahl der Kinder, an die Rechtssätze gedacht hätten, welche den Anspruch des Pflichtteilsberechtigten gegen den Leibrentenverkäufer regeln, diese Rechtssätze der im übrigen veränderten Höhe des Pflichtteils angepaßt haben würden. Allein wenn sie Letzteres unterlassen haben, so muß es dabei sein Bewenden behalten. Es kann nicht Sache der Rechtsprechung sein, den in der Gesetzgebung sich zeigenden Mangel an Einheitlichkeit zu verbessern. Nr. 1061.

Nr. 2629. IV. Sen. 28. Januar 1890. IV. 288. 89. Bd. 25, Nr. 65, S. 307.

Zeitpunkt, von wo ab Zinsen von dem Pflichtteil gefordert werden können. § 392, II. 2; § 67, I. 16 A.L.R. (Preuß. R.). Das Berufungsgericht führt aus, die Verzinsung des Pflichtteils müsse seit dem Todestage des Erblassers erfolgen, weil die Zinsen die Schadloshaltung für den seitdem durch Schuld der Beklagten dem Kläger vorenthaltenen Pflichtteil bildeten. Eventuell könne der Kläger Zinsen wenigstens seit dem Ablaufe der Überlegungsfrist fordern, da er nicht schlechter gestellt sein könne, als ein Geldlegatar (§ 328, I. 12 A.L.R.). Jedenfalls ständen ihm Zinsen seit dem Tage zu, an welchem die Beklagten durch das Aufforderungsschreiben des Klägers in Verzug gesetzt seien. Dieser Ausführung läßt sich jedoch, soweit solche die beiden ersten Anfangstermine der Verzinsung betrifft, nicht beipflichten. In Ansehung des ersten Termines fehlt es an jeder Darlegung, inwiefern durch Schuld der Beklagten der Pflichtteil seit dem Todestage des Erblassers dem Kläger vorenthalten ist, da Letzterer erst später den Beklagten angezeigt hat, daß er mit dem väterlichen Testamente unzufrieden sei und den Pflichtteil verlange. Was den zweiten Termin anbelangt, so läßt sich der Anspruch des infolge Enterbung Pflichtteilsberechtigten dem Anspruche des mit einem Geldanspruche Bedachten nicht gleich stellen. Für den letzteren Anspruch ist im Gesetze (§ 328, I. 12 A.L.R.) der Ablauf der Überlegungsfrist als Anfangstermin der Verzinsung bestimmt. Für den ersteren fehlt es an einer derartigen Bestimmung, und selbst nur die ausdrückliche Festsetzung eines Zahlungstages (§ 67, I. 16 A.L.R.) ist im Gesetze zu vermissen. Nr. 2361. Nun könnte zwar aus der Natur des Pflichtteiles, sofern derselbe gemäß § 292, II. 2 A.L.R. eine Geldentschädigung für den entzogenen gesetzlichen Erbteil bilden und dementsprechend von einer Quote dieses Erbteils nach dem Werte des Nachlasses zur Todeszeit des Erblassers berechnet werden soll (Nr. 2621. Nr. 2627), gefolgert werden, daß eine gesetzliche Verzinsung desselben auch bereits vom Todestage des Erblassers ab einzutreten habe. Indessen erscheint eine derartige Folgerung für den vorliegenden Fall durch andere Momente ausgeschlossen. Da nämlich der Kläger in dem Testamente seines Vaters enterbt worden war, so hing es von seiner Entscheidung ab, ob er sich hierbei beruhigen oder den Pflichtteil fordern wolle. Deshalb läßt sich nicht annehmen, daß ihm der Pflichtteil bis zu dem Tage, wo er ihn forderte, vorenthalten wäre. Die Grundsätze der Berechnung stehen gesetzlich fest. Nr. 2361. Deshalb ist von dem Tage der Aufforderung der Zinsanspruch, entsprechend der äußersten Alternative des Berufungsgerichts für begründet zu erachten. Nr. 3470.

Nr. 2630. II. Sen. 2. November 1880. II. 245. 80. Bd. 2, Nr. 97, S. 366.

Belastung des Pflichtteils. (Rhein. R.). Die Mutter der Beklagten hat diese auf den Pflichtteil gesetzt und später weiter bestimmt: „Der auf meine Tochter fallende Pflichtteil soll verzinslich angelegt werden und ihr davon während der Dauer der Lebenszeit ihres Ehemannes nur der Zinsertrag verabfolgt werden; sie soll berechtigt sein, gedachten Zinsertrag gegen von ihr allein auszustellende Quittung zu beziehen u. s. w." Der Ehemann, Kläger, bestritt die rechtliche Gültigkeit dieser Anordnung und verlangte Herausgabe des im Besitze der beklagten Ehefrau befindlichen

mütterlichen Vermögens derselben. Die gedachte Verfügung über den Pflichtteil ist nichtig, denn die Beklagte empfängt ihren Pflichtteil kraft Gesetzes aus dem Nachlasse ihrer Mutter als diejenige Erbschaftsquote, die ihr nicht entzogen werden durfte; die letzten Willen enthalten keine Begünstigung der Beklagten, die etwa mit einer Bedingung oder Auflage beschwert werden konnte, sondern eine Freigebigkeit zum Vorteile der Miterben der Beklagten durch Zuwendung des Freiteiles an dieselben. Was nun im römischen Recht auf besonderer Rechtsvorschrift beruht (c. 32 Cod. de inoff. test. 3, 28), daß der Pflichtteil sine gravamine hinterlassen werden muß, ergiebt sich nach badischem Recht als notwendige Folge daraus, daß solches gar nicht vom Pflichtteile, sondern vom Freiteile ausgeht d. h. dem Prinzip, daß beim Vorhandensein von Descendenten oder Ascendenten überhaupt nur über eine bestimmte Quote des Nachlasses verfügt werden dürfe. L.R.S. 913, 915, 916, 724, 883.

Nr. 2631. II. Sen. 9. Januar 1891. II. 236. 90. Bd. 27, Nr. 22, S. 94.

Anerkennung eines Testaments zum Vollzuge. Minderungsklage des Pflichtteilsberechtigten. Anfechtungsreplik. Vollstreckbarer Schuldtitel. (Rhein. R.). Die Kläger haben in Anwendung des badischen L.R.S. 1166 als Gläubiger der Ehefrau W. in Ausübung des Rechts dieser ihrer Schuldnerin die dem Pflichtteilsberechtigten zustehende Minderungsklage erhoben. Ihr tritt die Einrede entgegen, es liege in der seitens der Ehefrau W. nach Inhalt der Teilungsverhandlungen auf Ableben ihrer Mutter erfolgten Anerkennung des Testaments der Letzteren zum Vollzuge ein Verzicht auf das Recht, die Minderung zu verlangen. Ein solcher Verzicht würde nicht schon an sich zufolge L.R.S. 784 unwirksam sein. Bei dem sich aus der Anerkennung des Testaments zum Vollzuge ergebenden Verzichte auf das Recht, die Minderung zu verlangen, handelt es sich überhaupt nicht um einen Verzicht auf die Eigenschaft eines Erben. Durch jenen Akt der Anerkennung des Testaments zum Vollzuge hat die Ehefrau W. der ihr durch das Gesetz gegebenen Stellung eines Pflichtteilserben, zufolge welcher Stellung die durch das Testament Berufenen gemäß L.R.S. 1004 verpflichtet waren, von ihr die Ausfolgung des letztwillig ihnen zugedachten Vermögens zu verlangen, nicht entsagt, sondern sie hat damit, unter Beibehaltung des rechtlichen Charakters als Pflichtteilserbin, eine Einrede dahin geschaffen, daß sie, insoweit sie durch Anerkenntnis des Testamentes zum Vollzuge dem Verlangen auf Ausfolgung der Verlassenschaft im weiteren Umfange stattgab, als sie nach dem Gesetze verpflichtet war, gehindert ist, im Widerspruche damit gemäß L.R.S. 920 die Minderung zu verlangen. Auf diese Einrede aber findet die Formvorschrift des L.R.S. 784 keine Anwendung, weil es sich dabei nicht um einen Verzicht auf die Eigenschaft eines Erben selbst handelt. Hiernach ist der in der Anerkennung des Testaments zum Vollzuge liegende Verzicht der Ehefrau W. auf das Recht, die Minderung zu verlangen, an sich wirksam, und es bedarf sonach der Beseitigung der Wirksamkeit derselben. Diese Beseitigung im Wege der Anfechtung seitens der Kläger kann nun allerdings nur nach den Vorschriften des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 erfolgen. Das Berufungsgericht hat aber das Gesetz dadurch verletzt, daß es die Anfechtung nur unter dem Gesichtspunkte der Klage auf Anfechtung und deshalb nur unter der Erörterung, ob der nach § 2 des Anfechtungsgesetzes für die Klage erforderliche vollstreckbare Schuldtitel bereits vorliege, geprüft hat. Die Kläger machen jene Anfechtung im Wege der Replik geltend. Bei einer Anfechtung im Wege der Replik wäre aber, da die Replik als Einrede gegen die Einrede aufzufassen ist, § 5 des Anfechtungsgesetzes anzuwenden.

Nr. 2632. III. Sen. 30. Juni 1885. III. 90. 85. Bd. 14, Nr. 45, S. 187.

Querela inofficiosi testamenti seitens der Geschwister des Erblassers gegen dessen als Erbin eingesetzte Ehefrau als turpis persona. Kodizillarklausel. (Gem. R.). Bezüglich der turpitudo der als Erbin eingesetzten Ehefrau des Erblassers steht fest,

daß sie, bevor sie der Erblasser geheiratet hat, als öffentliches Mädchen in verschiedenen Bordellen gewesen, dann die Zuhälterin des Erblassers geworden ist und auch während dieser Zeit sich anderen Männern preisgegeben hat. Seit der Verheiratung ist ein weiteres unehrenhaftes Verhalten der Ehefrau nicht festgestellt. Die Frage, ob sie noch zur Zeit des Todes des Erblassers als persona turpis angesehen werden müsse, ist an sich eine thatsächliche, das Berufungsgericht hat sie bejaht. Daß es dabei von einer unrichtigen Auffassung des Begriffes der turpitudo ausgegangen sei, ist nicht ersichtlich. Die Rechtsfrage, ob nicht durch die erfolgte Heirat unter allen Umständen die querela inofficiosi testamenti für die Geschwister des Erblassers ausgeschlossen werde, hat das Berufungsgericht verneint. Die dagegen erhobenen Angriffe sind nicht begründet. Das Gesetz macht keine Ausnahme für den Fall, daß die besonderen Beziehungen des Erblassers zur persona turpis ihre Einsetzung an sich vielleicht erklärlich erscheinen lassen, denn immerhin wird eine Lieblosigkeit gegen die Geschwister darin gefunden, daß diesen nicht einmal der Pflichtteil hinterlassen ist. Das Gegenteil läßt sich auch nicht aus c. 27 Cod. de inoff. test. 3, 28 herleiten. — Auch die Beschwerde, daß die eventuelle Berufung der Beklagten auf die Kodizillarklausel verworfen ist, erscheint unbegründet. Die Novelle 115 berührt das Pflichtteilsrecht der Geschwister überhaupt nicht, es ist daher bezüglich der Voraussetzungen und Wirkungen der querela inoff. test. der Geschwister noch das ältere römische Recht maßgebend. Nach diesem ist gegenüber der querela inoff. test. die Berufung auf die Kodizillarklausel unwirksam. Die genannte Querel beruhte auf der Fiktion, daß der Erblasser, welcher sich einer solchen Lieblosigkeit schuldig mache, daß er seinen nächsten Verwandten nichts hinterläßt, wahnsinnig gewesen sein müsse und ihm die testamenti factio gefehlt habe (l. 17 § 1 Dig. de inoff. test. 5, 2). In l. 13 Dig. de inoff. test. 5, 2 und in l. 36 Dig. de leg. III ist ausdrücklich anerkannt, daß durch Beifügung der Kodizillarklausel die Erbeseinsetzungen auch nicht als Fideikommisse aufrecht erhalten werden könnten, weil sie quasi a demente hinterlassen seien. Die Frage, ob sich der eingesetzte Erbe dadurch die Rechte aus der Kodizillarklausel sichern könne, daß er die Erbschaft aus dem Testamente nicht antritt und das letztere destitut werden lasse, bleibt hier unerörtert, da die Beklagte die Erbschaft angetreten hat.

---

§ 100.

Erbunwürdigkeit.

B.G.B. §§ 2339—2345.

I. 1874, 1972, 2045—2050. II. 2204—2210. III. 2312—2318. M. V. 189, 376, 516—525. Windscheid III. §§ 669—674. Stobbe V. § 306. Dernburg III. § 101.

Nr. 2633. III. Sen. 1. Dezember 1882. III. 328. 82. Bd. 8, Nr. 30, S. 119.

Inkapazität. Nov. 89 cap. 12 § 2. (Gem. R.). Die Vorschrift in Novelle 89 Kapitel 12 § 2, wonach einer Konkubine und ihren Kindern von deren Vater mehr nicht als ein Zwölftel seines Nachlasses schenkungsweise oder letztwillig zugewendet werden kann, enthält, ungeachtet daß das Konkubinat als eine erlaubte außereheliche Geschlechtsverbindung heutzutage nicht mehr besteht, doch noch praktisches Recht und leidet auf jede außereheliche Geschlechtsverbindung bezw. auf alle außerehelichen Kinder und deren Mutter Anwendung, vorausgesetzt nur, daß der Testator sein Vaterschaftsverhältnis anerkannt bezw. anzuerkennen verbunden ist. Vom Standpunkte des Gesetzgebers aus war der Konkubinat die einzige außereheliche Geschlechtsverbindung, die in

Frage kommen konnte. Wenn nun aber im Gegensatze zum römischen Recht nach heutiger unzweifelhafter Praxis die bloß natürliche Verwandtschaft in gewisser Weise vom Rechte berücksichtigt, namentlich die Möglichkeit einer Feststellung der außerehelichen Vaterschaft überhaupt anerkannt und allen unehelichen Kindern ungefähr dieselbe rechtliche Stellung beigelegt wird, die ehedem nur den Konkubinenkindern zukam, so ist damit der Grund weggefallen, weshalb der römische Gesetzgeber nur den Konkubinat ins Auge faßte. Wenn er also die Konkubine und ihre Kinder für relativ erwerbsunfähig erklärte, so muß dies heutzutage um so gewisser für alle in außerehelicher Geschlechtsverbindung lebenden Weibspersonen und für alle außerehelichen Kinder gelten, sofern nur die Vaterschaft außer Zweifel steht.

Nr. 2634. IV. Sen. 25. Juni 1883. IV. 181. 83. Bd. 9, Nr. 77, S. 284.

Verlust des Erbrechts durch Verursachung des Todes des Erblassers. (Preuß. R.). Die Frage, ob nach dem preußischen A.L.R. dem gesetzlichen Erben, der den Tod des Erblassers durch Vorsatz oder grobes Verschulden verursacht hat, die Erbschaft anfällt und von ihm erworben wird, ist zu verneinen. Denn er würde sich, wenn man ihn zur gesetzlichen Erbfolge zuließe, zuwider dem § 35, I. 3 A.L.R. durch seine unerlaubte Handlung den Anfall überhaupt sichern und sich in allen Fällen den Vorteil verschaffen, daß ihm die Erbschaft bereits gegenwärtig anfällt. Auch § 599, I. 12 A.L.R. gründet sich auf den § 35 a. a. O. und ebenso § 828, II. 1 A.L.R., und diese Bestimmungen, deren analoge Anwendung allerdings hier nicht zulässig ist, lassen sich als Argument dafür anführen, daß der Gesetzgeber den Grundsatz des § 35 a. a. O. auch für erbrechtliche Verhältnisse gegeben hat, und aus § 599 a. a. O. ist zugleich zu entnehmen, daß zu den „unerlaubten Handlungen“ des § 35 a. a. O. nur der durch Vorsatz oder grobes Versehen verursachte Tod zu rechnen ist.

---

§ 101.

Erbverzicht.

B.G.B. §§ 2346—2352.

I. 1972, 2019—2024. II. 2211—2217. III. 2319—2325. M. V. 376, 470—484.
Stobbe V. § 314. Dernburg III. §§ 180, 181.

Nr. 2635. IV. Sen. 19. Oktober 1893. IV. 119. 93. Bd. 32, Nr. 49, S. 184.

Formvorschriften für den wechselseitigen Erbentsagungsvertrag unter Eheleuten. (Preuß. R.). Die Klägerin und ihr demnächst verstorbener Ehemann haben vor dem Amtsgericht einen Vertrag errichtet, wodurch jeder von ihnen auf Ansprüche an den Nachlaß des anderen verzichtete. Bei der Aufnahme des Vertrages ist weder ein Protokollführer zugezogen noch auch die in den §§ 104 ff. I. 12 A.L.R. vorgeschriebene Testamentsform beobachtet. Der Ehemann hat hinterher ein Testament und ein Kodizill errichtet, worin er den jetzigen Beklagten zum Alleinerben ernannt und der Klägerin eine Jahresrente ausgesetzt hat. Die Klägerin hat im jetzigen Prozesse, unter Verzichtleistung auf die Rente, den Erbentsagungsvertrag wegen Formmangels angefochten und den achten Teil des Nachlasses ihres Ehemannes als Pflichtteil sowie die Vorlegung und eidliche Bestärkung eines Nachlaßinventars von seiten des Beklagten beansprucht. Das Landgericht hat der Klage entsprochen, dagegen hat auf die Berufung des Beklagten das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin ist zurückgewiesen. In der Erwägung des Berufungsgerichts, daß der Erbentsagungsvertrag für die Klägerin formverbindlich sei, kann eine Gesetzesverletzung nicht gefunden

werden. Es handelt sich hier um die Form eines unter Eheleuten geschlossenen wechselseitigen Erbentsagungsvertrages. Die preußische Praxis hat bei der Anwendung der Bestimmungen der §§ 621—623, I. 12 A.L.R. einen durchgreifenden Unterschied gemacht, je nachdem die Erbverträge eine Erbeinsetzung oder eine Erbentsagung enthalten. Nur für Erbeinsetzungsverträge hat sie die innere Berechtigung der Testamentsform anerkannt, weil nur sie einen dem Testamente entsprechenden Inhalt (§ 3 a. a. O.) haben. Daraus ist der Schluß gezogen, daß die Vorschriften der §§ 621—623 a. a. O. nur für Erbeinsetzungsverträge Platz zu greifen haben. Eine Bestätigung dieser Auslegung ist aus den Formvorschriften, die das A.L.R. für gewisse Erbentsagungsverträge giebt, entnommen. Die Bestimmungen der §§ 653, 654, I. 12 A.L.R., wonach für Erbentsagungen in Fällen, wo derjenige, um dessen künftige Erbschaft es sich handelt, zur Abgabe verbindlicher Willenserklärungen unfähig ist, die gerichtliche Abschließung notwendig sein soll, und die Vorschrift des § 484, II. 2 A.L.R., zufolge deren Verträge, wodurch großjährige und gewaltfreie Kinder bezüglich des elterlichen Nachlasses ganz ausgeschlossen oder im Pflichtteile verkürzt werden sollen, der Abschließung vor dem ordentlichen Richter der Kinder bedürfen, haben die Folgerung nahe gelegt, daß für Erbentsagungsverträge der Regel nach die Testamentsform entbehrlich und die allgemeine Vertragsform ausreichend ist. Auf diesem Standpunkte steht das vormalige preußische Obertribunal in seiner Rechtsprechung. Das Reichsgericht hat sich dieser Rechtsprechung bereits in einem Urteile vom 26. März 1888 angeschlossen. Es liegt keine Veranlassung vor, von dieser Ansicht abzugehen. Von dem obigen Gesichtspunkte aus muß es im vorliegenden Falle für genügend gelten, daß der Erbentsagungsvertrag vor Gericht geschlossen ist, ohne daß dabei die für Errichtung, Niederlegung und Aufbewahrung von Testamenten vorgeschriebenen Formen beobachtet sind. Das Letztere gilt insbesondere mit Bezug auf die unterlassene Zuziehung eines Protokollführers. Der von der Revision herangezogene Anh. § 421 zu § 17, II. 2 A.G.O. nötigt nicht zu der entgegengesetzten Auffassung. Denn wenn darin Erbverträge als Akte bezeichnet sind, bei deren Aufnahme vor Gericht ein Protokollführer zugezogen werden soll, so sind hierunter nach dem ganzen Zusammenhange der Vorschrift eben nur Erbeinsetzungsverträge zu verstehen. Es bleibt aber noch die Frage übrig, ob hier vermöge des Umstandes, daß die Klägerin als Ehefrau auf Ansprüche an den Nachlaß ihres Mannes verzichtet und damit sich einer Einbuße an ihrem gesetzlichen Erbrechte gegenüber dem Manne unterworfen hat, eine Verschärfung der Vertragsform herbeigeführt ist. In der That verordnet für einen derartigen Erbvertrag unter Eheleuten der § 441, II. 1 A.L.R. die gerichtliche Aufnehmung des Vertrages. Diese Form ist hier aber auch gewahrt. Der Zuordnung eines Beistandes bedurfte es dagegen nicht. Die Vorschrift des § 200, II. 1 A.L.R. steht mit den vorhergehenden §§ 198 und 199 in unmittelbarem Zusammenhange derart, daß auch für sie die Voraussetzung des § 198 gilt, daß also die Vornahme eines Geschäftes in Frage stehen muß, durch welches sich die Frau dem Manne zu etwas, wozu die Gesetze sie nicht verpflichten, verbindlich machen soll. Bei dem hier vorliegenden Erbvertrage trifft diese Voraussetzung aber nicht zu, da sich die Klägerin durch den Vertrag dem Manne überhaupt nicht verbindlich gemacht, sondern nur auf Erbansprüche gegenüber dem Manne Verzicht geleistet hat. Aus der gleichen Erwägung hat das Reichsgericht bereits in dem Falle Nr. 2610 die Anwendbarkeit des § 200, II. 1 A.A.R. auf den verwandten Fall des § 442 a. a. O. ausgeschlossen. Nr. 2237.

Nr. 2636. II. Sen. 30. April 1886. II. 551. 85. Bd. 15, Nr. 81, S. 325.

Verzicht auf künftige Erbschaft. Institution contractuelle. Scheidung. (Rhein. R.). Das in drei verschiedenen Bestimmungen (Art. 791, 1130, 1600) des code civil ausgesprochene Verbot, über die Erbschaft eines Lebenden Verträge zu schließen, ist ein ganz allgemeines und findet bei den verschiedenen Arten der Erbfolge, mögen

sie auf Gesetz, Testament oder Vertrag beruhen, in gleicher Weise Anwendung, und namentlich trifft dies bei der durch **Vertrag** begründeten Anwartschaft auf eine Erbschaft zu. Durch den Umstand, daß letztere, die institution contractuelle, eine nur im Heiratskontrakte zulässige Ausnahme bildet, wird jenes Verbot ersichtlich nicht berührt. Solche Vertragserbeinsetzungen stehen, solange die Ehe dauert, zugleich unter dem Schutze des Art. 1395 code civil; ist aber die Ehe aus bestimmter Ursache aufgelöst, so bleibt auch ferner, was die dem unschuldigen Teile gemachten Zuwendungen auf den Todesfall betrifft (Art. 300 a. a. O.), das Verbot der gedachten Gesetzesbestimmung wirksam. Verträge und Verzichtleistungen aber, welche dem gesetzlichen Verbote zuwiderlaufen, entbehren jeder rechtlichen Wirksamkeit.

---

§ 102.

Erbschaftskauf.

B.G.B. §§ 2371—2385.

I. 488—501. II. 448—461. III. 2344—2359. M. II. 352—366. Windscheid II. § 331 a. E. III. § 621. Dernburg III. §§ 234—236.

Nr. 2637. IV. Sen. 25. Juni 1894. IV. 92. 94. Bd. 33, Nr. 69, S. 293.

Verkauf einer Erbschaft durch den fideikommissarisch substituierten Erben vor dem Eintritt des Substitutionsfalles. Gesetzliches Vorkaufsrecht des Miterben gegen den Erbschaftskäufer. (Preuß. R.). Die Revision gegen das die Klage des Erbschaftskäufers auf Anerkennung seines Erbrechts in Höhe von einem Drittel des Nachlasses des Rentners R. abweisende Berufungsurteil ist für begründet erachtet. Mit Rücksicht auf den Inhalt des wechselseitigen Testaments der Eheleute R. und der Nachträge dazu geht der Berufungsrichter zunächst davon aus, daß hinsichtlich des Nachlasses des Rentners R. ein Fideikommiß auf den Überrest vorliege. Dies unterliegt auch keinem Bedenken; die Ehefrau R. ist als Fiduziarerbin eingesetzt, und es sind die nach Namen und Alter bezeichneten Kinder ausdrücklich als fideikommissarische Erben mit der Maßgabe berufen worden, daß diese Substitution sich nur auf das erstrecken solle, was beim Tode der Ehefrau R. vom Nachlasse noch vorhanden sein werde. Der Berufungsrichter hat sodann aber die Frage, ob der fideikommissarische Erbe vor Eintritt des Substitutionsfalles, von den Kindern hat Paul R. nach dem Tode seines Vaters bei Lebzeiten seiner Mutter dem Kläger die Erbschaft verkauft, befugt sei, sein aus der Substitution erwachsenes Recht im Wege des Erbschaftskaufes zu veräußern, verneint. Das Reichsgericht hat indessen unter Billigung der Ausführungen in dem Urteile des vormaligen preußischen Obertribunals vom 5. März 1877 (Striethorst Arch. Bd. 96 S. 368) und von gleichen Voraussetzungen ausgehend bereits wiederholt den Grundsatz ausgesprochen, daß mit dem Tode des Erblassers das erbschaftliche Recht dem fideikommissarischen Erben anfällt und daß der Letztere es schon vor Eintritt des Substitutionsfalles gültig verkaufen kann. Es ist dabei unter Hinweisung auf §§ 164, 165, I. 4; § 486, I. 12 und § 447, I. 11 A.L.R. ausgeführt worden, daß das Recht des fideikommissarischen Erben richtiger Ansicht nach sich nicht in einem persönlichen Anspruche an den Fiduziar erschöpfe, sondern ein **betagtes Erbrecht** sei. Von diesem Grundsatze abzugehen, bietet der vorliegende Fall keine Veranlassung. Der fideikommissarische Erbe ist mit dem Tode des Erblassers zur Erbschaft berufen; er hat mit diesem Zeitpunkte das erbschaftliche Recht vollständig erworben, welches auf seine Erben übergeht. Die entgegenstehende Auffassung des Berufungsrichters geht von einer zu engen Auslegung des Begriffes „Anfall" aus, verwechselt auch den Anfall der Erbschaft mit deren Erwerbe.

Ist aber hiernach der Vertrag zwischen Paul R. und dem Kläger als ein gültiger Erbschaftskauf zu erachten, so fällt damit die Entscheidung des Berufungsrichters. Es ist alsdann davon auszugehen, daß der Klaganspruch auf einen rechtsgültigen Erbschaftskauf gestützt und nun der Rechtsbehelf der Beklagten zu erörtern ist, daß ihnen ein gesetzliches Vorkaufsrecht zustehe und daß sie es in gehöriger Weise ausgeübt haben. Bei der Cession eines Forderungsrechts steht den Miterben ein Vorkaufsrecht nicht zu, Nr. 2538. Nr. 1928, wohl aber findet ein gesetzliches Vorkaufsrecht der Miteigentümer aus § 65, I. 17 A.L.R. dann statt, wenn ein Miterbe sein Erbschaftsrecht an einen Fremden verkauft hat, wie dies bereits früher vom Reichsgericht angenommen ist. Der gedachte Einwand der Beklagten ist daher an sich rechtlich erheblich, und es bleibt bei der anderweitigen Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts zu prüfen, ob auch die erforderlichen thatsächlichen Voraussetzungen vorhanden sind.

